



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN LA LEY 14/2013 DE APOYO A LOS EMPREENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN : ANÁLISIS CRÍTICO

Autor/es

JAVIER FARJAS LACASA

Director/es

IGNACIO QUINTANA CARLO

Facultad de Derecho

2014

«Si dos individuos están siempre de acuerdo en todo, puedo asegurar que uno de los dos piensa por ambos».

Sigmund Freud.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	4
I. INTRODUCCIÓN DEL TRABAJO	5
II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 14/2013	6
1. PROBLEMÁTICA CON LA REGULACIÓN CONCURSAL.....	6
1.1. LOS COSTES CONCURSALES.....	8
1.2. LA TENDENCIA A LA DESJUDIALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCRUSAL COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA.....	10
2. MECANISMOS DE NEGOCIACIÓN DE DEUDAS ANTES DE LA REFORMA.....	14
2.1. EL CONVENIO.....	15
2.2. LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.....	16
2.3. EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN	18
2.4. EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADO JUDICIALMENTE	20
III. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL DERECHO COMPARADO.....	21
IV. SITUACIÓN ACTUAL TRAS LA LEY 14/2013. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.	23
1. LA LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN.....	24
2. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. ANÁLISIS CRÍTICO.	25
2.1. INTRODUCCIÓN	25
2.2. LOS SUJETOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS	27
2.3. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS	38
2.4. EL CONCURSO CONSECUTIVO	53
V. CONCLUSIONES.....	55
BIBLIOGRAFÍA	58

ABREVIATURAS UTILIZADAS

<i>AEP</i>	Acuerdo extrajudicial de pagos.
<i>BOE</i>	Boletín Oficial del Estado
<i>Cfr.</i>	Cónfer, compárese
<i>LAE</i>	Ley de Apoyo a los Emprendedores (ley 14/2013)
<i>LC</i>	Ley Concursal.
<i>LM</i>	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
<i>Op.</i>	Obra.
<i>Vid.</i>	Véase.

I. INTRODUCCIÓN DEL TRABAJO

Sin lugar a dudas, dentro de la rama del Derecho mercantil si hay un sector jurídico que predomina sobre todos los demás y goza prácticamente de sustantividad propia es el relativo al tratamiento de la ejecución patrimonial del deudor común. Estamos hablando efectivamente del derecho concursal. Esto es, todo aquél conjunto normativo –unificado ahora en un único cuerpo legal como es la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, Ley 22/2003 (en adelante, LC)-, encargado de regular aquéllas situaciones de insolvencia de un deudor que cuenta con dos o más acreedores y que consecuentemente no puede satisfacer de manera íntegra sus créditos mediante la ejecución singular.

Y sí como hemos empezado diciendo, el Derecho concursal constituye uno de los campos jurídicos más importantes dentro del ámbito mercantil, sobra decir que en un contexto de crisis económica como la de la actualidad en la que cada vez es mayor el número de deudores que se encuentran en la situación de insolvencia descrita, las cotas de protagonismo que cobra la institución concursal resultan ya vertiginosas. Pues bien, como dicen por ahí, «un gran poder conlleva una gran responsabilidad» y algo así le ocurre al legislador de esta materia o si se quiere, al concurso en sí mismo, que al tener encomendada una labor tan compleja y relevante en nuestra sociedad actual, tiene la obligación y el deber de estar a la altura en todos los aspectos, y desde luego, con menor o mayor acierto eso es lo que se está procurando si tenemos en cuenta que en el último medio año la LC ha sufrido dos reformas importantes en su articulado. Eso sí, tampoco nos confundamos ni vayamos a pensar que ha sido la crisis económica la que ha marcado de forma absoluta y unilateral los procesos de reforma pues si efectivamente ha tenido su inevitable influencia lo cierto es que éstos no han hecho sino seguir una línea continuista iniciada ya mucho tiempo atrás cuyas motivaciones fundamentales son lograr una mayor eficiencia, equidad y racionalización del sistema, principios esenciales igualmente en los periodos de saludable economía.

Dicho lo anterior, y tratando de ser breve en lo que solo debe ser una introducción, en esa necesidad de «estar a la altura» si algo se echaba en falta desde hace años en el sistema concursal español, era la introducción de mayores mecanismos o garantías en pro de la utilización de acuerdos extrajudiciales y en general de la promoción de la desjudicialización del concurso que contribuyesen a lograr su agilización, celeridad y menor coste. Sin duda, un problema que lleva arrastrando la LC toda su vigencia y al

que ha tratado de dar solución el legislador de una forma u otra en cada una de las reformas que se han sucedido. Sin embargo, ha sido la ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la que de alguna manera ha culminado este proceso de reformas mediante la introducción del «ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS» (en adelante AEP) recogido en el nuevo Título X de la LC y que es precisamente la figura objeto de este trabajo.

Así pues, las siguientes líneas tratarán en primer lugar de explicar en qué situación se encontraba nuestro derecho concursal antes de la reforma de 2013, cuáles son los problemas de los que adolece y cuáles son las soluciones que se creen necesarias; se pasará en segundo lugar a introducirse de lleno en el análisis crítico del propio «acuerdo extrajudicial de pagos», destacando tanto lo que considero son sus aportaciones al sistema como sus, ya adelanto, múltiples defectos y carencias; y se finalizará haciendo balance y sacando conclusiones de cuáles son los avances logrados con la reforma, en qué punto se encuentra el sistema tras ella y cuál es el camino que todavía falta por recorrer.

II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 14/2013

1. PROBLEMÁTICA CON LA REGULACIÓN CONCURSAL

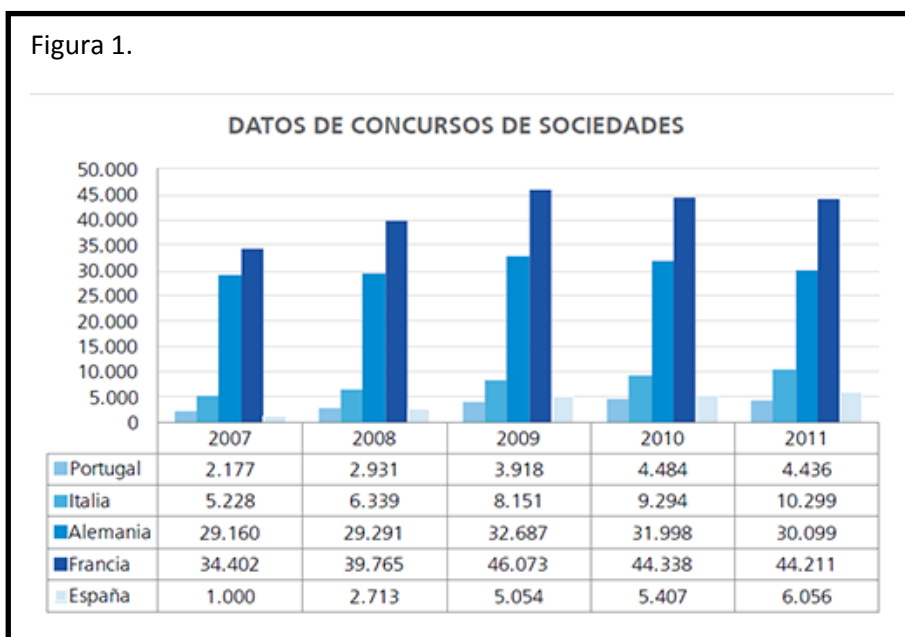
Como ya adelantábamos de una forma muy somera en la introducción, si algo se le ha reclamado al Derecho concursal español prácticamente desde el inicio, es la necesidad de facilitar un mayor número de institutos preconcursales que permitan al deudor llegar a acuerdos de refinanciación con sus acreedores de forma extrajudicial.

El concurso de acreedores, si bien como hemos visto es una figura imprescindible en nuestro derecho, si por algo se ha caracterizado desde su creación es por ser un procedimiento excesivamente largo que acaba generando unos costes demasiado altos e insoportables para los sujetos que acuden a él precisamente por encontrarse en una situación de debilidad patrimonial. Son por tanto esta falta de celeridad unida a los elevados costes, el talón de Aquiles de la ejecución concursal que impiden en la mayoría de ocasiones se llegue a buen puerto obteniéndose la máxima satisfacción de los acreedores del deudor común. Y es que la realidad en nuestro derecho es que el

concurso es para la inmensa mayoría de las empresas una máquina de destrucción de valor. El 95% de las empresas españolas que entran en concurso de acreedores acaban en liquidación¹, lo que provoca al final que el concurso suela verse como un estigma y no como una oportunidad para darle una solución de viabilidad a la empresa como debiera ser.

Pero si además, a todo lo anterior le sumamos la enorme desconfianza hacia el sistema judicial debido a su inmensa lentitud a la hora de actuar y dar respuesta en la mayoría de casos, y la mala imagen que tienen en nuestro país los empresarios concursados que caen poco menos que en el ostracismo, el resultado de todo ello es que si España se compara con Francia, Alemania, Reino Unido o Italia, lo que demuestran los datos es que se sitúa a la cola de Europa en la utilización del procedimiento concursal como se puede apreciar en la figura 1.

Figura 1.



¹ Según el informe «Temas candentes de los procesos concursales» elaborado por PwC, 2013. El informe se puede consultar en [http://kc3.pwc.es/local/es/kc3/publicaciones.nsf/V1/352CEADE5BC1940FC1257B330060E8E8/\\$FILE/ATTWQA8G.pdf](http://kc3.pwc.es/local/es/kc3/publicaciones.nsf/V1/352CEADE5BC1940FC1257B330060E8E8/$FILE/ATTWQA8G.pdf)

1.1. LOS COSTES CONCURSALES

Cuando decimos que el procedimiento concursal genera una gran cantidad de costes lo primero que se nos viene a la cabeza es el pago de abogados, procuradores y gastos judiciales en general, pero lo cierto es que estos no constituyen más que una mínima parte de entre la gran diversidad de los realmente ocasionados.

De este modo, la doctrina suele distinguir los costes del concurso en dos grandes grupos; directos e indirectos.²

Efectivamente las costas y gastos judiciales que acabamos de mencionar forman parte de los denominados **costes directos**, los cuales incluyen en general cualquier coste relacionado con el propio desarrollo del procedimiento concursal. Se corresponden portanto, con los identificados en el art. 84.2.2 LC³ y constituyen créditos contra la masa que se satisfacen en primer lugar antes del pago del resto de créditos concursales.

Pero por otra parte, nos encontramos con otra serie de gastos y costes que a primera vista pueden pasar inadvertidos pero que realmente llegan a ser mucho mayores que los directamente derivados del proceso judicial; los **costes indirectos**. Éstos comprenden una amplísima variedad que además conlleva el problema de una difícil valoración. Se refieren en general a todos los relacionados con la pérdida de valor del concursado por el mero hecho de haber entrado en concurso, desde las pérdidas de ventas o inversiones hasta la pérdida de valor de los activos del patrimonio del concursado.

La doctrina vuelve a hacer aquí una subdivisión de los costes indirectos distinguiendo entre los ocasionados antes de la declaración del concurso y aquellos ocasionados con posterioridad.

Respecto de los costes que surgen antes de la solicitud de concurso, los más frecuentes son aquéllos provocados por las conductas que llevan a cabo los administradores de las sociedades con problemas financieros con objeto de tratar de impedir su entrada en

²Vid., Lawrence A. Weiss, «Bankruptcy resolution: direct costs and violation of priority of claims», en Jagdeep S. Bhandari y Lawrence A. Weiss, Corporate Bankruptcy, op. cit., págs. 260-277 y Michelle J. White, «The costs of corporate bankruptcy: a U.S.—European comparison», en Jagdeep S. Bhandari y Lawrence A. Weiss, Corporate Bankruptcy, op. cit., págs. 467-500.

³ El artículo 84.2.2 LC incluye en su enumeración de costas y gastos judiciales los necesarios para la solicitud y declaración del concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en la ley, la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, hasta la conclusión del concurso.

concurso. Son fundamentalmente gastos de inversión más arriesgados de lo habitual que se realizan con el conocimiento de que las posibles pérdidas derivadas de las malas decisiones serán soportadas por los acreedores y no por los socios del deudor social ya que éstos quedan cubiertos por la responsabilidad limitada mientras que aquéllos verán reducida su cuota de satisfacción de sus créditos. Sin embargo, en caso de que las decisiones resulten acertadas, los socios sí podrán beneficiarse de ellas puesto que los beneficios podrán permitir a la empresa evitar el concurso. Otro tipo de costes que también suelen producirse antes de la declaración del concurso son aquellos derivados de la demora de la solicitud de concurso. Los administradores demoran demasiado la entrada en concurso tratando de aplazar lo máximo posible «el mal trago» pensando que pueden encontrar soluciones por otras vías pero cuando acaba no quedando otro remedio y el concurso llega, se han acumulado ya otra serie de costes en forma fundamentalmente de sanciones.

Luego tenemos los costes que aparecen después de la declaración de concurso. Estos son los que tienen que ver con la ya mencionada estigmatización que sufren en nuestro país –no ocurre lo mismo en los países de nuestro entorno- las empresas concursadas. Y es que ciertamente, desde el momento en que un deudor entra en concurso, éste debe ser publicado «con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el “Boletín Oficial del Estado”» por lo que rápidamente el resto del mercado conoce su situación y lo más probable es que trate de evitar realizar cualquier tipo de operación con él. Así lo que ocurre es que la empresa se ve obligada a interrumpir de forma casi absoluta el curso normal de su actividad económica perdiendo numerosos costes de oportunidad, algo que no solo perjudica manifiestamente al propio deudor sino también a sus acreedores. En definitiva, éstos podríamos denominarlos como costes de imagen.

Visto lo anterior nos podemos hacer ya una idea bastante precisa de cuáles son los problemas que plantea nuestro procedimiento concursal y el por qué en muchas ocasiones lejos de ser una solución a las situaciones de insolvencia del deudor común suponen el golpe final que los lleva directos al cierre y liquidación. Un sistema que debido a la excesiva burocracia y duración de sus procesos concursales al final acaba provocando en gran cantidad de ocasiones que empresas que entran en concurso y que podrían lograr cierta viabilidad o cierto valor con una venta rápida de sus activos, lo pierden por la excesiva lentitud de los trámites, que en muchos casos se debe directamente a la saturación de los juzgados mercantiles así como a su falta de medios.

En definitiva, costes temporales y costes económicos son las dos grandes lacras a las que debemos enfrentarnos buscando soluciones que permitan sacar adelante el procedimiento concursal haciéndolo eficaz y eficiente para los importantes cometidos que tiene asignados.

1.2. LA TENDENCIA A LA DESJUDIALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCRUSAL COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA

Como acabamos de decir, es imprescindible buscar soluciones ante los problemas señalados, y para hacernos una simple idea de «por dónde van a ir los tiros» no tenemos más que acudir a la práctica diaria de las empresas para ver que éstas ya llevan tiempo buscando alternativas a la excesiva burocracia y duración de los procesos concursales que se caracterizan por la «desjudicialización» del tratamiento de los procesos de crisis empresariales. Algo en que los sistemas concursales de nuestro entorno nos llevan cierta ventaja pues en ellos la reestructuración empresarial se aborda desde hace ya tiempo cumpliendo dos requisitos fundamentales. En primer lugar, antes de obligar al deudor a instar el concurso deben explotarse al máximo las posibilidades de una reestructuración *out-of-court* negociada entre el deudor y sus acreedores. Y en segundo lugar, solo en caso de fracaso de dichas negociaciones extrajudiciales y devenirse el concurso en imprescindible, se procura que el activo empresarial pueda ser vendido a un tercero con la mayor celeridad posible para evitar que pierda su valor.

Pero esta tendencia europeatampoco la ha pasado por alto el legislador español, que ha tratado de introducirla poco a poco en nuestro derecho en cada una de las reformas de la LC que ha llevado a cabo. De hecho, si algo tienen en común todas ellas es que dejan patente la intención de lograr un procedimiento concursalmás rápido, ágil y con menos costes que permitan adecuarlo a la realidad económica del momento. Pero es más, este interés por auspiciar los acuerdos extrajudiciales y la desjudicialización del procedimiento concursal se confirma desde la primera redacción de la LC, la cual ya recoge la propuesta anticipada de convenio, que si bien es un mecanismo concursal –

yeminentemente judicial-, posee algunas de las principales características de las soluciones extrajudiciales.⁴

Pero como decimos, es en las posteriores reformas de la LC donde queda ya patente esa voluntad de desjudialización del sistema. Así pues, obviando la introducida por la Ley 14/2013, que será objeto de análisis en la segunda parte de esta obra, y la última llevada a cabo por el reciente Real Decreto-ley 4/2014, son dos las reformas que ha sufrido la LC desde su redacción y que nos interesan en este momento.

La primera de ellas, articulada a través del RDL 3/2009⁵, introduce los acuerdos de refinanciación, mientras que la segunda, mediante la Ley 38/2011⁶, hace lo propio con la posibilidad de homologar judicialmente algunos de estos acuerdos.

Así, tras esta segunda reforma, nos encontramos con una Ley Concursal que regula en su articulado 3 figuras distintas que si en algo coinciden es que sin ser mecanismos extrajudiciales de renegociación de deudas en sentido estricto –pues las tres necesitan de la participación del juez para concluirse válidamente- como ya veremos, todas ellas poseen una parte de su procedimiento que se lleva a cabo al margen de los juzgados y antes de haberse iniciado formalmente el concurso, gozando así de algunos de los beneficios que caracterizan los convenios extrajudiciales.

Por otra parte, y al margen de estas tres posibilidades que ofrece la LC para tratar de llegar a una reestructuración financiera con la mínima intervención judicial, lo cierto es que podemos observar como las empresas de nuestro país, en ese afán de evitar a toda costa la utilización del concurso y conscientes de los perjuicios que ello les puede acarrear, suelen preferir optar por negociar directamente con sus acreedores la refinanciación. Se trata por tanto, de acuerdos o convenios celebrados al margen del control judicial entre el deudor y sus acreedores que están sujetos al derecho privado y cuyo contenido posible es tan amplio como permite el principio de autonomía de la voluntad amparado en el 1255 del Código Civil. Mediante estos acuerdos extrajudiciales, los empresarios tratan de encontrar soluciones a sus problemas

⁴ De hecho, para ser más exactos, y como ya habrá tiempo de explicar más adelante, antes que calificarlo como un mecanismo concursal en sentido estricto igual que el convenio, sus características hacen que deba incluirse entre los denominados institutos preconcursales.

⁵ Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

⁶ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

financieros pactando con sus acreedores el contenido que crean conveniente para lograr tal propósito. Además, estos convenios extrajudiciales al tener naturaleza contractual, los acuerdos a los que en ellos se llegan solo tienen efectos respecto de los acreedores con los que se hayan negociado⁷. Con esto quiero recalcar, que los acuerdos extrajudiciales que se realizan con un determinado acreedor no extienden sus efectos al resto de acreedores, que en nada se ven implicados por lo que en ellos se haya podido pactar, algo que sí ocurre en los acuerdos de refinanciación como veremos más adelante. No obstante, este hecho no quiere decir que el deudor se vaya a ver obligado necesariamente a negociar con todos sus acreedores, lo cual por otra parte resulta harto complicado sobre todo en aquellos concursos de grandes empresas en que el número de aquéllos es enormemente elevado y con intereses muy diversos. Todo lo contrario, en la práctica lo que suele ocurrir es que el deudor trata de negociar la refinanciación de su deuda con sus acreedores más importantes como pueden ser las entidades de crédito, pactando las quitas o esperas que consideren adecuadas ambas partes sin que se vean limitados por ningún tipo de norma legal. Y mientras tanto, los acreedores comerciales y pequeños acreedores con los que el deudor no inició ninguna negociación, cobran de manera íntegra sus créditos.

Sin duda con estos convenios extrajudiciales no solo se ve beneficiado el deudor, quien a través los acuerdos logrados puede mantener su empresa en funcionamiento, sino también sus propios acreedores, los cuales en la gran mayoría de los casos habrán conseguido unas condiciones para el cobro de sus créditos mucho mejores que las que hubieran recibido en caso de haberlas negociado en fase de concurso. Además, con la permanencia de la actividad del deudor, los acreedores consiguen mantener sus relaciones comerciales con aquél, algo que evidentemente no les viene nada mal.

La verdad es que a la vista de todo lo explicado, el acuerdo extrajudicial parece tornarse como la opción casi perfecta pero sin embargo, como todo en esta vida, cuando algo parece demasiado bonito para ser cierto lo mejor que podemos hacer es desconfiar y ver si realmente hay, -como diríamos en derecho- algún «vicio oculto», y en el caso de los convenios extrajudiciales, tal vicio son las acciones de reintegración.

⁷Vid. Art. 1257.1 Cc cuyo tenor literal dice: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.»

En efecto, en caso de que las negociaciones lleguen a buen puerto y sean del agrado de todos los acreedores, el convenio resultará un rotundo éxito, la empresa se salvará de la quiebra y esto a su vez beneficiará tanto a los acreedores que negociaron el acuerdo, como a los que no. En definitiva, todos felices. Sin embargo, en caso de que todo no salga según lo previsto y se acabe yendo a concurso, bastará con que a uno solo de los acreedores no le convenza los pactos llegados en el acuerdo y decida instar su nulidad por medio de las acciones de reintegración de los arts. 71 y ss. LC para que todos los progresos logrados y trabajo realizado quede en «agua de borrajas».

Lo cierto es que el problema de las acciones de reintegración resultan un arma de doble filo para el convenio extrajudicial. De hecho hay parte de la doctrina, entre los que se encuentran autores como Teodora Jacquet Yeste⁸, que incluso las considera beneficiosas e incentivadoras a la hora de acabar logrando efectivamente que se llegue a un acuerdo. Su explicación es que al ser en definitiva el interés de los acreedores partícipes, el conservar la actividad empresarial del deudor y evitar el concurso, esto conduce también hacia la satisfacción de los intereses del resto de acreedores que no participan en el acuerdo con el objeto precisamente de evitar que éstos últimos, al no verse favorecidos por el acuerdo que no asegura la satisfacción de sus créditos, decidan instar el concurso, que es precisamente lo que los acreedores partícipes del convenio extrajudicial quieren evitar con la conclusión del mismo.

No puedo sin embargo alinearme con esta postura, pues si bien me parece razonable, para mí pesa más lo desmotivador que supone el hecho de que todas las negociaciones llevadas a cabo puedan caer en saco roto en caso de que se decida instar las acciones de reintegración. Y no solo eso, sino que además el acreedor partícipe que ve como el acuerdo al que ha llegado es rescindido, corre el riesgo incluso de que su crédito pase a ser subordinado en caso de que el juez entienda que ha actuado de mala fe. En definitiva, considero que todas estas contrariedades acaban quitando gran parte de su atractivo a los convenios extrajudiciales, los cuales necesitande una actividad del legislador que los regule de forma completa y unitaria, y que proteja e incentive más a aquellos partícipes en el proceso como entidades financieras u otras sociedades, que arriesgan su propio patrimonio para dar viabilidad a la empresa.

⁸Vid. JACQUET YESTE, Teodora, «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº18, Ed. La ley, pág. 5.

A pesar de que pueda parecer que estos escollos ya fueron salvados con la introducción del acuerdo de refinanciación en la LC de 2009-y es verdad por lo menos en lo que respecta a las acciones de reintegración-,la realidad como ahora veremos es que estos acuerdos de refinanciación no son sino una figura completamente distinta a los acuerdos extrajudiciales, los cualesseguían necesitando de una regulación legal que los reforzara y que no llegaría –con más o menos acierto- hasta la aparición de la Ley 14/2013 con su flamante novedad «El Acuerdo Extrajudicial de Pagos».

Habiendo sentado todo lo anterior, y dejando ahora de un lado los convenios extrajudiciales en sentido estricto, lo que procede en este momento es explicar en qué consisten exactamente las soluciones que ya proponía⁹ nuestra LC antes de la introducción del AEP a través de la Ley 14/2013.

2. MECANISMOS DE NEGOCIACIÓN DE DEUDAS ANTES DE LA REFORMA

Como hemos venido advirtiéndolo desde el principio del trabajo, la tendencia a la desjudialización en el tratamiento de la refinanciación del deudor común es una constante en nuestra realidad concursal. Así pues, no solo las propias empresas han decidido optar cada vez más por acudir a la negociación extrajudicial en detrimento de la utilización del concurso, sino que el propio legislador ha sabido escuchar esta voluntad para tratar de otorgarle amparo legal directo en la propia LC. Aparecen así lo que se conocen como los institutos preconcursales, que se encargan precisamente de facilitar y potenciar esta posibilidad de conseguir la reestructuración de la deuda y del negocio fuera del concurso.

Antes de la aparición del acuerdo extrajudicial de pagos en noviembre de 2013, con el que de algún modo se culmina este proceso desjudializador del concurso, tras la ley 2009, nuestra LC, recoge 4 mecanismos de reestructuración de deudas – tres

⁹ Utilizo el verbo en pasado porque a estas alturas del texto lo que estamos analizando es la situación anterior a la reforma de la Ley 14/2013, pero evidentemente tanto la propuesta anticipada de convenio, como los acuerdos de refinanciación –tanto los homologados judicialmente como los que no- son soluciones concursales que permanecen vigentes en nuestra LC, a las que ahora se les ha sumado el *acuerdo extrajudicial de pagos*.

preconcursoales y uno eminentemente concursal- que pasamos a explicar a continuación.¹⁰

2.1. EL CONVENIO

Poco voy a explicar de esta forma de solución del concurso, que por ser celebrada desde el primer momento ante la presencia del juez, nos es de poco interés a los efectos del tema que estamos tratando en esta pieza.

Sin embargo, sí que he creído conveniente recordar las principales notas características de esta figura con el objeto de poder luego, entender mucho mejor, en qué consiste la propuesta anticipada de convenio, la cual sí que guarda mucha relación con el asunto aquí a debate.

Pues bien, para empezar hay que decir el convenio es la solución concursal por excelencia (aunque lo cierto es que la más frecuente es la liquidación) cuya fase se inicia en el mismo momento en que el juez dicta auto poniendo fin a la fase común del concurso. Se conoce como la fase convenio o también como la sección quinta del concurso. Lo importante en nuestro caso, es recalcar que es un mecanismo de negociación concursal en el más absoluto sentido de la palabra pues tiene lugar una vez este ya se ha iniciado y cuya característica principal es que se encuentra sometido al control judicial¹¹ Con esto quiero decir, que nada comparte con las características propias de los mecanismos extrajudiciales de los que estamos tratando aquí.

No obstante, lo que sí comparte, son las notas principales de lo que es cualquier acuerdo o convenio, esto es, se lleva a cabo entre el deudor y los acreedores y está basado, aunque con numerosas limitaciones, en el principio de autonomía de la voluntad¹².

¹⁰ Conviene advertir que la explicación que a continuación se va a dar de estas 4 figuras es a los simples efectos de poder comparar cuál era la situación anterior a la reforma de 2013 y cuáles son los cambios que se han producido tras la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos, verdadero objeto de este trabajo. Sin embargo, en ningún momento pretende ser un análisis exhaustivo de tales figuras, que por su extensión y contenido sin duda no procede acometer en esta sede.

¹¹ El acuerdo adoptado ha de ser sometido a la aprobación o ratificación del juez del concurso ex art. 109 LC.

¹² Además, el convenio es lo que se conoce como un acuerdo de mayorías –o «negocio de masa», es decir, no necesita que voten a favor del mismo la totalidad de los acreedores, ni debe negociarse separadamente con cada uno de ellos, por lo que se le impondrá a los disidentes con excepción de aquellos acreedores privilegiados que hagan uso de su derecho de abstención, que no se verían afectados por el convenio. Característica ésta por cierto, que como veremos, comparte con todos los institutos preconcursales e incluso con el *acuerdo extrajudicial de pagos*.

2.2. LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

La propuesta anticipada de convenio, como su nombre indica no es más que una propuesta de convenio realizada en el momento inicial del procedimiento concursal, esto es junto con la propia solicitud de concurso voluntario o hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos en caso de concurso necesario (que, como sabemos, es de un mes a contar desde la publicación del auto declarativo en el BOE). Se caracteriza porque solo puede ser presentada por el deudor pero no por los acreedores y además debe ir acompañada en el momento de su presentación de la adhesión de una quinta o décima parte -dependiendo de si dicha presentación tiene lugar en el momento de la solicitud de declaración de concurso o con posterioridad- del pasivo presentado por el deudor (art. 106 LC). Es uno de los denominados institutos preconcursales que recoge la LC.

Pero hecha esta introducción, el rasgo propio de la propuesta anticipada de convenio que tiene realmente importancia para nuestra misión, es que en virtud del momento en que ésta debe presentarse, implica el hecho de que el deudor habrá tenido que emprender las negociaciones con sus acreedores en un momento anterior a la declaración del concurso. Y si bien esto no es del todo correcto, pues en el caso de concursos necesarios, las negociaciones sí que habrán podido ser realizadas en un momento posterior a la declaración del concurso –hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos- en uno u otro caso, y esto es lo que en verdad nos interesa, dichas negociaciones se habrán llevado a cabo de forma extrajudicial.

Pero no solo eso, sino que la propuesta anticipada de convenio también contribuye a incentivar a las partes a que intenten solucionar su situación por la vía de los acuerdos extrajudiciales que comentábamos atrás. En este sentido, como decíamos, el deudor puede decidir entablar negociaciones con sus acreedores que resuelvan sus problemas de financiación sin necesidad de recurrir al concurso, pero aun en el caso de que no lo logren, el deudor siempre tiene la posibilidad de intentar reunir las adhesiones al acuerdo necesarias para poder convertirlo en una propuesta anticipada de convenio y presentarlo así junto con la solicitud de declaración de concurso, que en caso de que posteriormente consiga la adhesión de aquellos acreedores con los que no se llegó a negociar, resolverá el concurso en forma de convenio. En definitiva, lo beneficioso de la propuesta anticipada en este sentido, es que impide que «caigan en saco roto» las negociaciones extrajudiciales que haya podido realizar el deudor con sus acreedores

pero con las que no ha conseguido el apoyo de todos ellos para concluir un acuerdo extrajudicial. Le permite aprovechar el tiempo y los recursos invertidos en ese proceso de negociación ya que se le ofrece la posibilidad de conseguir convencer al menos a una parte de sus acreedores para convertir el acuerdo alcanzado en una propuesta anticipada de convenio. Se permite en definitiva reducir los costes de la conclusión del convenio.

Con todo lo anterior, ya podemos hacernos una idea de cómo la propuesta anticipada de convenio se diseñó como una medida destinada a simplificar o agilizar un procedimiento de naturaleza compleja. Posibilitando el anticipar la adhesión al convenio –que ya comienza incluso antes de declararse el concurso- y su consiguiente aprobación, se consigue una reducción considerable de tiempo que a su vez como sabemos implicará una menor cantidad de costes económicos.¹³

Pero el mayor avance en este sentido, llega con la reforma de 2009 (RDL 3/2009), que permite demorar hasta en 4 meses el cumplimiento del deber de solicitar el concurso, si el deudor notifica al Juzgado que está negociando con los acreedores para obtener a una propuesta anticipada de convenio¹⁴. De esta manera se vuelve a incentivar al empresario en situación de insolvencia actual a iniciar negociaciones extrajudiciales con sus acreedores, que en el caso de que consiguiera llegar a un acuerdo con ellos que le permitiera salir de su situación de insolvencia, directamente dejaría de estar obligado a solicitar el concurso –ni aun pasados los 4 meses- por no darse el presupuesto objetivo del mismo.

Ahora bien, si una crítica hay que hacerle a esta figura es que a la vista de los numerosos requisitos exigidos para acceder a ella (entre otros, haber satisfecho los créditos privilegiados), en la práctica son muy pocos los deudores que efectivamente pueden presentar una propuesta anticipada.

¹³ Me parece muy interesante en este punto, recordar lo que rezaba la Exposición de Motivos de la LC acerca de la propuesta anticipada de convenio: “Entre las medidas para facilitar esta solución del concurso destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la ley establece. La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales.”

¹⁴ Así lo dispone el actual art. 5 bis LC introducido en la reforma de 2011 (Ley 38/2011).

En conclusión, la propuesta anticipada de convenio, que algunos autores definen como un medio de judicialización de los acuerdos extrajudiciales, es a su vez, paradójicamente, un medio de desjudialización del concurso, constituyendo así una solución híbrida que reúne por un lado las ventajas del acuerdo extrajudicial –mayor celeridad y ahorro en costes- y las del concurso por otro –un cierto grado de control judicial-.

2.3. EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

Antes de lanzarme a abordar el comentario sobre el acuerdo de refinanciación me veo en la obligación de advertir la complejidad que esto supone debido a las numerosas modificaciones que ha sufrido desde su introducción en 2009 a través del RDL 3/2009. Tanto es así que, en los últimos 6 meses han sido 2 las veces que ha visto cambiado su régimen legal; la primera a través de nuestra protagonista, la ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la segunda, mediante el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (en adelante, RDL 4/2014).

Sin duda, es esta segunda reforma la que plantea más problemas a efectos de su inclusión en esta obra, pues es tan reciente e introduce novedades de tan importante calado que su análisis implicaría dejar sin espacio a la verdadera piedra angular de este trabajo; *el acuerdo extrajudicial de pagos*. Dejo por tanto, que sean otros los que se encarguen de reflexionar en profundidad sobre los acuerdos de refinanciación y en especial como han quedado tras la reforma. Por mi parte, únicamente voy a limitarme a realizar una simple aproximación a los mismos, como hacía con la propuesta anticipada en el apartado anterior, a los solos efectos de demostrar una vez más como el empeño del legislador de un tiempo a esta parte ha sido el de intentar lograr un proceso concursal cada vez más rápido y más alejado de los tribunales.

De este modo, el acuerdo de refinanciación es una figura que aparece como principal novedad de la reforma de 2009 -a través del RDL 3/2009- con la intención del legislador como decimos, de continuar en ese camino de fomento de los acuerdos extrajudiciales y la desjudialización del procedimiento concursal. La definición de acuerdos de refinanciación que daba la LC en su «Disposición Adicional Cuarta» -tras las últimas reformas, en el modificado 71.1.a) bis LC- es el de aquellos acuerdos en virtud de los cuales se procediese «al menos a la ampliación significativa del crédito

disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas».

En definitiva, el fin último de la introducción de este instituto preconcursal era proteger los acuerdos extrajudiciales de pago ante el gran riesgo sobre el que tanto hemos incidido algunas páginas atrás: las acciones de reintegración. En ese momento ya hemos tenido la ocasión de ver como el principal hándicap de las operaciones de refinanciación extrajudiciales y motivo por el cuál la mayor parte de las mismas no terminaban fructificando era precisamente ese riesgo de que finalmente fueran rescindidas en caso de acabar entrando en concurso o lo que es aún peor, el riesgo de que encima, los partícipes de ese acuerdo rescindido fueran sancionados con la subordinación de su crédito.

Así pues, el acuerdo de refinanciación se configura como se suele conocer por la doctrina como un «escudo protector» tan famoso en gran parte del resto de jurisdicciones europeas. Escudo protector porque, con la condición de cumplir determinados requisitos, aquellos acuerdos de refinanciación a los que se haya podido llegar extrajudicialmente, quedan protegidos –de ahí el nombre- al estar expresamente excluidos del ámbito de aplicación de las acciones rescisorias. Y son precisamente algunos de estos requisitos los que han sido modificados hasta 2 veces desde el pasado noviembre de 2013 por lo que antes de pronunciarme yo mismo sobre ellos considero mucho más acertado remitir al renovado 71 bis LC a todo aquel que esté interesado en conocer en detalle la regulación del acuerdo de refinanciación y pueda sacar sus propias conclusiones, que a buen resguardo, serán mejores que a las que pueda llegar yo en un espacio tan reducido de texto.

No obstante, sí que parece interesante citar al menos dos de los requisitos más importantes y que además han permanecido invariables desde su aparición. Estos son, los que debe cumplir el acuerdo extrajudicial antes de iniciar el concurso;

- En primer lugar, que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo del deudor.
- Y en segundo lugar que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público.

Sin embargo, aunque esta impunidad de los acuerdos de refinanciación es sin duda su gran atractivo, no faltan las opiniones en la dirección contraria –como la de la ya antes citada, profesora Teodora JacquetYeste- que lo ven más como un peligro. Así, llegan a la reflexión de que en estos casos, como a los acuerdos que puedan llegar los acreedores partícipes en el mismo, están fuera de todo peligro al quedar protegidos de las acciones de reintegración concursal, esto los llevan a negociar con el deudor sin tener en cuenta el interés del resto. Algo que no ocurría con los convenios extrajudiciales propiamente dichos, en los que se busca un acuerdo común que pueda satisfacer a todos los acreedores, tanto a los que participan en el mismo como a los que no, con la finalidad de evitar que estos últimos, por no estar conformes con su contenido, decidan rescindirlos en sede de concurso frustrando así todo el esfuerzo empleado en lograrlo.

2.4. EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADO JUDICIALMENTE

Para terminar con esta primera parte de la exposición, es obligada la referencia al tercer instituto preconcursal que recogía la LC antes de la aparición del AEP¹⁵; el acuerdo de refinanciación homologado judicialmente.

Lo primero que hay que decir de esta figura es que a pesar del nombre constituye un mecanismo preconcursal con notables diferencias respecto a los acuerdos de refinanciación normales. Concretamente es introducido a través de la ley 38/2011, en un momento en que el que en el sistema español aún no existía ningún medio de negociación extrajudicial que permitiera imponer los acuerdos alcanzados a las minorías disidentes, esto es, a aquellos acreedores no firmantes del mismo. Como venimos explicando a lo largo de este texto, uno de los problemas a los que se enfrenta el deudor a la hora de negociar la reestructuración de su deuda es que le es francamente difícil sentarse a hablar con todos sus acreedores para llegar a un acuerdo con cada uno de ellos pero aún en el caso de que así lo hiciera, es prácticamente imposible llegar a un acuerdo común que consiga convencerlos en su totalidad. De hecho, en casi todos los procesos de refinanciación suelen haber acreedores que directamente no están interesados en negociar e incluso algunos otros como las entidades financieras, en palabras textuales del profesor Carlos de Cárdenas Smith, «al estar sometidas a menores exposiciones de riesgo que otras y, por tanto, con menor interés en el éxito de la

¹⁵Vid. nota 9.

operación de “salvamento” y movidas por intereses poco confesables, se dedican a entorpecer o dificultar el proceso de refinanciación, incluso hasta el punto de hacerlo fracasar».¹⁶

Para hacer frente a este obstáculo, como adelantábamos anteriormente, tras la reforma de 2011 el legislador español introduce mediante la Disposición adicional cuarta LC, la posibilidad de homologar judicialmente determinados acuerdos de refinanciación que cumplan con una serie de requisitos, extendiendo así sus efectos también a los acreedores que se hubieran opuesto al acuerdo o que directamente no hubieran participado en el mismo. De nuevo, para el interesado en conocer con más detalle el funcionamiento de este instituto prefiero remitirme al precepto legal, sin embargo sí que adelantare que son dos tipos de requisitos los que deben cumplir este tipo de acuerdos.

En primer lugar, los requisitos necesarios únicamente a efectos de que el acuerdo de refinanciación pueda ser homologado, que son fundamentalmente dos. De un lado, que haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros (habiéndose reducido así desde el 75% exigido antes de la reforma) y de otro lado, que cumpla con las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.

Y en segundo lugar, están los requisitos necesarios para que el acuerdo ya homologado judicialmente –que cuanto menos ya gozará de la protección frente a la posibilidad de rescisión del art. 73 LC- pueda extender sus efectos a los acreedores disidentes y ausentes. Condiciones y requisitos estos, que han sufrido cambios de gran calado y extraordinaria complejidad a través del RDL 4/2014 cuyo comentario tendremos que dejar también para mejor ocasión.

III. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL DERECHO COMPARADO.

La Exposición de Motivos de la Ley 14/2013 ya pone de manifiesto que los AEP son «un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean

¹⁶Vid. DE CÁRDENAS SMITH, Carlos y NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, Alberto, «Algunos comentarios a la ley de Reforma concursal», Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011, pág. 217.

personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos». Así, a la vista de esta afirmación, antes de pasar al comentario sobre el AEP introducido por nuestro legislador español, nos resulta inevitable echar un vistazo a nuestro derecho comparado europeo para ver como tratan este tipo de figuras, y poder comprobar así a posteriori si aquél se parece realmente en algo a éstas.

El primer país donde podemos encontrar este tipo de procedimientos concursales en su sistema concursal es Francia. De hecho son varios con los que cuenta. El primero de ellos, es el Procédure d'alerte (procedimiento de alerta), que tiene una finalidad más bien preventiva. Mediante este procedimiento, el censor de cuentas tiene encomendada la tarea de dar la voz de alarma a la propia empresa o en su defecto solicitar una reunión con el consejo de administración. En el caso de que no obtenga una respuesta satisfactoria debe comunicarlo al Tribunal de comercio y dar informe para la junta de socios siguiente. Sin embargo, el sistema francés cuenta con otros dos institutos que se asemejan mucho más al que en España se ha introducido mediante la LAE, por girar en torno a la mediación concursal.

Por un lado tienen la figura del «mandatario ad hoc» , recogida en el art. L 611-3 de su Code de Commerce, que es designado por el presidente del tribunal a petición del deudor, cuya función en el procedimiento es diferente en cada uno. Es decir, es un procedimiento flexible en el que el propio tribunal determina la misión (tanto en lo que respecta a su contenido como a su duración) que en él va a desempeñar el mandatario (de ahí se entiende lo de «ad hoc») aunque como se puede prever, en la mayoría de los casos va a consistir en acercar a las partes para que negocien medidas de refinanciación y reestructuración y puedan llegar finalmente a un acuerdo privado y extraconcursal.

Con rasgos comunes a nuestro AEP, en Francia también podemos encontrar el procedimiento de conciliación, denominado Règlement amiable (convenio), que permite solicitar la apertura de un procedimiento para llegar a una solución de mutuo acuerdo. Para ello, el Tribunal, a instancia del deudor –del mismo modo que en el caso del mandatario-, nombra un conciliateur, cuya misión principal es igualmente aproximar las posturas del deudor y de los acreedores con el objeto de conseguir tal acuerdo, para lo cual tiene además un plazo de 4 meses. El acuerdo a su vez tiene un carácter puramente contractual que se caracteriza porque su contenido puede ser cualquiera que libremente

fijen las partes prácticamente sin límite alguno, respetando así la plena autonomía de la voluntad (precisamente lo que ha faltado en nuestro caso patrio).

Otro país cercano en el que también se ha inspirado nuestro legislador es Italia. El derecho concursal del estado transalpino también cuenta con varias posibilidades alternativas al concurso. En uno de ellos, se permite al empresario deudor y sus acreedores llegar a un acuerdo extrajudicial, con el objeto de que el empresario pueda seguir ejerciendo su actividad -bajo la vigilancia de un administrador del convenio (commissariogiudiziale)- a cambio de ceder temporalmente una parte de sus bienes a los acreedores. Por otra parte, se regula el denominado concordato preventivo, que sería una mezcla de nuestra propuesta anticipada de convenio y el AEP. En definitiva no es más que un convenio en el que el deudor propone a los acreedores un plan de saneamiento o reestructuración de deudas elaborado por él. El concordato es controlado además por el órgano jurisdiccional del lugar donde se encuentra el domicilio de la empresa, y puede o bien ordenar la incoación del procedimiento o decretar inadmisión la demanda declarando de oficio la insolvencia del empresario.

Por último, merece la pena hacer mención sobre la regulación vigente en Alemania. Como en el caso español, el legislador germano también se percató como la ineficacia de las reglas del procedimiento de insolvencia general hacían necesario la utilización de nuevos métodos alternativos de reestructuración financiera. Para ello, en 2011 aprobaron la Ley para la mejora de la reestructuración de empresas, donde incluyeron un procedimiento de insolvencia simplificado de aplicación preceptiva a los consumidores y a los empresarios de media o reducida dimensión. Y dicho procedimiento gira en torno a una premisa clara; el imponer a los deudores que cumplan con los requisitos mencionados, el intentar la solución a su situación de insolvencia mediante la formalización de un acuerdo extrajudicial con sus acreedores. Y solo en caso de que tal acuerdo fracase, se pasa a la fase de liquidación judicial conforme a un procedimiento concursal –y nótese el calificativo-, especial. Así pues, como comprobaremos más adelante, es el sistema alemán el que probablemente más ha servido de inspiración al legislador de nuestro país.

IV. SITUACIÓN ACTUAL TRAS LA LEY 14/2013. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

1. LA LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

El 28 de septiembre de 2013 entra en vigor en nuestro país, la ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, redactada con las miras puestas en el proceso de aguda y larga crisis económica que atraviesa España –como se expresa en su exposición de motivos–, tratando de contribuir a su recuperación aportando su grano de arena mediante el apoyo, protección y potencialización, de la figura –completamente ambigua hay que decir– del emprendedor.¹⁷

Para ello, la ley realiza una serie de reformas en diferentes cuerpos legales reguladores de distintas materias, entre el que se encuentra el que a nosotros nos interesa, la Ley Concursal 22/2003. Y a este respecto, me parece interesante hacer una breve referencia a las que considero son las más importantes modificaciones introducidas, ya que al centrar el trabajo en una sola de ellas, es importante advertir de la existencia del resto.

La primera, es la ejercitada sobre los acuerdos de refinanciación. Como ya hemos explicado al hablar de este tipo de acuerdos, estos han sufrido una profunda y compleja transformación sobre todo en lo que se refiere a los requisitos necesarios para su formalización. Así, han sido artículos tan importantes como el 71, 71bis, y la DA 4ª los que han experimentado las mayores alteraciones. Sin embargo, como ya hemos comentado también anteriormente, lo sorprendente de estos cambios es que muchos de ellos han quedado finalmente sin efecto tras ser nuevamente modificados por la recentísima reforma del RDL 4/2014.

En segundo lugar, la ley de 2013 también introduce lo que en nuestro derecho concursal es una novedad sin precedentes; el mecanismo de segunda oportunidad. Y es que sin duda, como dice Juana Pulgar Ezquerro, «si nuestro Derecho Concursal ha tenido tradicionalmente una "asignatura pendiente", ésta ha sido la regulación de mecanismos concursales exoneratorios del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, más allá de la eficacia novatoria del convenio concursal (discharge impropia), que concedan una "segunda oportunidad" a los deudores personas naturales, en el sentido de física, que frente a la persona jurídica, que por efecto de la conclusión del concurso por esa

¹⁷ En este sentido, el art. 3 de la ley 14/2013 define a los emprendedores como «aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley».

causa se extingue, "sobrevive" al concurso y resulta sometido al principio de responsabilidad patrimonial ex art. 1.911 Cc con los solos límites derivados de la inembargabilidad de algunos de sus bienes».¹⁸ Pues bien, esta situación que en un contexto de crisis económica como la que nos encontramos se ha vuelto ya insostenible encuentra finalmente solución en el nuevo artículo 242 LC, en su apartado segundo, correlativo 5ª, que establece que «en el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados».

Y en tercer lugar, y como colofón a esta serie de variaciones llegadas de la mano de la ley de 2013, llegamos a la gran estrella de este trabajo: *El acuerdo extrajudicial de pagos*.

Como decíamos en la primera parte del trabajo, la tendencia general de las empresas, antes de esta reforma, era la de optar por acudir a los convenios extrajudiciales privados antes que al propio concurso con los problemas que ya hemos señalado derivados de la falta de amparo legal de los mismos. Con la introducción por parte de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, *del acuerdo extrajudicial de pagos*, éste pasa a estar regulado por la Ley Concursal dando así solución a algunos de esos problemas aunque dejando aún sin respuesta otros. Para ver qué es lo que realmente aporta y cuáles son las dificultades que surgen a la hora de abordar este nuevo mecanismo de reestructuración financiera concursal recogido en el nuevo Título X de la LC, la segunda parte de este trabajo va destinada a realizar un profundo análisis crítico punto por punto del mismo.

2. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. ANÁLISIS CRÍTICO.

2.1. INTRODUCCIÓN

Lo he repetido hasta la saciedad, pero no me cansare de hacerlo. Si algo se viene apreciando en nuestro derecho concursal desde la aparición de la originaria ley 22/2003, es la insuficiencia y escasez de mecanismos solucionadores del concurso y en especial

¹⁸ PULGAR EZQUERRA, Juana., "Ley de emprendedores y segunda oportunidad", Revista 51, Opinión: Ley de apoyo a los emprendedores (www.elnotario.es).

aquellos de carácter preconcursal o directamente extrajudicial que permitan al deudor salir de su situación de insolvencia a través de un procedimiento rápido, ágil y económico. Necesidad que se ha acentuado de un tiempo a esta parte si tenemos en cuenta el tremendo impacto que ha supuesto la crisis económica sobre la situación patrimonial tanto de particulares como de empresarios –físicos y jurídicos- que ha disparado la necesidad de acudir al procedimiento concursal y consecuentemente ha «dejado con las vergüenzas al aire» a la administración de justicia confirmando lo que era de otro lado un secreto a voces, su insuficiencia de recursos materiales y personales.

Ante este estado de cosas, sabemos se han ido tomando cartas en el asunto a través de un proceso de reformas, que si bien tardó en comenzar -desde 2003 hasta 2009 no se produjo ninguna-, una vez se abrió la veda con el RDL 3/2009 no han parado de sucederse una tras otra –casi una por año-, y teniendo en común todas ellas el intento de cubrir aquéllas carencias a las que hacíamos referencia en el apartado anterior. Así, se han hecho avances que han pasado desde potenciar el uso de la propuesta anticipada de convenio, hasta la inclusión del acuerdo de refinanciación, tanto en su modalidad ordinaria como en su posibilidad de homologarlo judicialmente.

Sin embargo, a pesar de que con estas reformas se ha contribuido a mejorar la situación, con ninguna de ellas se han conseguido alcanzar todos los objetivos y cubrir todas las necesidades que nuestro sistema demandaba. Pues bien, con la denominada ley de emprendedores 14/2013, se introduce en la LC un nuevo Título X, bajo el calificativo de «El acuerdo extrajudicial de pagos» (arts. 231 a 242 de la LC) que vuelve a girar en torno a la introducción de un nuevo mecanismo alternativo al concurso de acreedores con la intención de dar de una vez por todas con la solución a dichas necesidades.

Estamos por tanto, ante un nuevo instituto preconcursal que no cuenta con precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero que nace con esa misma tendencia a la desjudialización de conflictos que todos sus predecesores.

Un nuevo instituto preconcursal que, como avance a lo que vamos a ver inmediatamente, destaca por tres notas principales; por el diferente trato que da en cuanto a protección se refiere, a los diferentes tipos de créditos, distinguiendo fundamentalmente entre créditos con garantía real y créditos públicos, y el resto de créditos; por estar destinado únicamente a los empresarios, tanto personas físicas como jurídicas, y quedando excluidas de su aplicación el resto como funcionarios,

consumidores y particulares en general; y por ser un procedimiento relativamente breve y flexible en el que cobra un papel protagonista la novedosa figura del denominado “mediador concursal”.

De estas tres características en especial, y del resto de ellas en general, dependerá el éxito o fracaso del nuevo AEP (que ya adelanto, por el momento ha suscitado muchísimas más críticas que piropos), y que son las que paso a desgranar en las líneas que van hasta el final de esta exposición.

Sin demorarme más por tanto, solo diré a efectos orientativos que mi guion a seguir en este comentario al AEP, será empezar por analizar los sujetos que en él intervienen, seguir por introducirme en lo que es su procedimiento de celebración, continuar reflexionando sobre el también novedoso concurso consecutivo (aunque solo en lo que este guarda relación con el AEP de los empresarios personas jurídicas, dejando el relativo al de las personas físicas y en especial todo lo que tiene que ver con los mecanismos exoneratorios y segunda oportunidad para otro momento) y finalizaré sacando conclusiones de todo lo visto.

2.2. LOS SUJETOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Creo que es lógico comenzar la reflexión sobre el AEP hablando de las personas que en él intervienen, o al menos, de las más importantes. Y realmente son de dos tipos; por un lado aquéllas personas que pueden solicitar el procedimiento, esto es evidentemente, el deudor común y por otro lado aquellas que van a tener encomendadas las labores y funciones de gestión del mismo, el flamante «mediador concursal».

A) EL DEUDOR

a) La insolvencia actual o inminente

Como decimos, para el completo entendimiento del funcionamiento del AEP, lo primero que se debe abordar es la cuestión relativa a qué sujetos, o en definitiva a qué deudores, va dirigido. A qué personas permite el Título X LC, iniciar el procedimiento. En resumen, cuál es el presupuesto subjetivo del acuerdo extrajudicial de pagos.

Para ello, el precepto de la ley que debemos estudiar con todo detalle es el 231 LC. Y el primer presupuesto del AEP que se advierte en dicho artículo –que frente a todos los demás cabría calificar como objetivo- es la insolvencia del deudor común. Efectivamente, el propio 231.1 nos remite al art. 2 LC dónde se define conceptualmente en qué consiste dicha insolvencia de la que destaca que puede ser actual o futura e inminente.¹⁹

Hasta aquí todo normal por tanto, siguiendo el legislador la misma línea que la marcada para los acuerdos de refinanciación, permitiendo alcanzar al deudor el AEP con sus acreedores no solo en un momento anterior a la insolvencia –cuando ésta es previsible e inminente- sino también cuando dicha insolvencia es ya una realidad. Se respeta así con mucho acierto bajo mi punto de vista- el principio de autonomía de la voluntad tan fundamental en cualquier acuerdo extrajudicial, facultando al deudor que ya no puede hacer frente a todos sus pagos para que trate de negociar con sus acreedores una reestructuración financiera que le permita solucionar sus problemas económicos. Además, esta posibilidad se ha visto reforzada igualmente mediante la modificación por la LAE del art. 5bis LC, que ahora extiende la eximente de presentación de solicitud necesaria de concurso también para los casos en que se está tratando de alcanzar un AEP. Y es que como sabemos, el 5bis permitía prorrogar hasta 4 meses la exigibilidad de solicitar el concurso a aquellos deudores que se encontraran en proceso de alcanzar las adhesiones necesarias a una propuesta anticipada de convenio o a un acuerdo de refinanciación. Pues con la reforma de 2013, esta posibilidad se prevé ahora también para los acuerdos extrajudiciales de pagos²⁰, incentivando así su uso por los deudores, que quedan ahora protegidos de las sanciones que se derivarían en su caso del incumplimiento del deber de solicitar el concurso necesario.

No obstante, ya en este punto surgen las primeras dudas interpretativas respecto al nuevo texto de la ley. En efecto, como decíamos, el presupuesto objetivo del AEP era

¹⁹ El art. 2.2 LC es el que nos habla de la insolvencia actual cuando dice que «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Por su parte, el 2.3 LC es el que abre la posibilidad a la insolvencia inminente: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

²⁰ A estos efectos, vid. art. 5 bis.1. párrafo 2º LC. «En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.»

igual que para el resto de institutos concursales, la insolvencia actual o inminente. Sin embargo, la sorpresa que nos da la LC a este respecto es la distinción que parece realizar entre el deudor persona natural y el deudor persona jurídica pues mientras para el primero sí que se hace mención expresa de esa insolvencia actual o inminente, para el caso del segundo –ex art. 231.2.a)- solo se habla de insolvencia actual, sin realizar ningún tipo de referencia a la inminente. En este último caso por tanto, de acuerdo con el art. 232.3 LC, se inadmitiría a trámite la solicitud por no concurrir «el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial».

Dicho esto, y aun a riesgo de llegar a una conclusión precipitada al respecto, personalmente considero tal distinción un error del legislador que ha olvidado hacer alusión explícita a la insolvencia inminente. No cabe duda que la finalidad del AEP no es otra que la de alcanzar un acuerdo de pago con los acreedores que sirva para coger aire al deudor y le permita seguir con su actividad empresarial afrontando sus deudas. Carecería de todo sentido en consecuencia, que se excluyese la posibilidad de solicitar este procedimiento para los casos en que por suerte aúnno se han dejado de cumplir las obligaciones exigibles y en que el AEP serviría para evitar que ello sucediera. Y menos sentido aún que se permita tal posibilidad para unos casos sí y para otros no.

b) El presupuesto subjetivo

Ahora sí, tras haber visto lo que sería un presupuesto objetivo para poder acceder al AEP (nos referimos al momento en que se puede acceder a él), pasamos a ver cuáles son los requisitos que se le exigen al deudor que quiera optar por dicha vía, esto es, el presupuesto subjetivo en sentido estricto del *Acuerdo extrajudicial de pagos*.

Y es que el AEP no está al alcance de cualquiera. Para empezar, es únicamente el deudor y no los acreedores u otros posibles sujetos –lógico por otra parte-, el único legitimado para iniciar el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Pero además, tampoco cualquier deudor puede acogerse a dicho procedimiento, sino que como decimos, se exige que en él concurren una serie de requisitos recogidos en el mismo art. 231 LC, apartados primero y segundo.

Estos requisitos, los divide, entre otros autores, la profesora ESPERANZA GALLEGO²¹ en dos categorías; requisitos cualitativos y requisitos cuantitativos, que es la clasificación que voy a acoger yo a efectos de llevar un orden para su examen. Por último, como ya tendremos ocasión de ver, el legislador cierra este sistema de exigencias subjetivas del AEP mediante la introducción de una serie de limitaciones o prohibiciones que impiden el acceso al mismo aun cuando se han reunido todos los presupuestos anteriores.

Pero empecemos por el principio. En lo que respecta al **requisito cualitativo** exigido al deudor, lo primero que cabe destacar es que el acuerdo extrajudicial está reservado únicamente para aquellos que ostenten la condición de empresario o lo que es lo mismo, los sujetos legitimados para instar el AEP serán tanto las personas jurídicas, como las personas naturales que tengan la consideración de empresario. En consecuencia, como vemos dicho requisito cualitativo sería una imposición que afecta en este caso a los deudores personas naturales con la que parece es la intención de la ley de excluir de su ámbito de utilización en general a todos los consumidores personas físicas.

Nótese además, que ya no se hace referencia alguna al emprendedor, que es la figura a la que en principio va destinada la LAE –y por ende se supone el AEP- poniendo de manifiesto los problemas, que suponen la confusa distinción entre empresario y emprendedor y la falta de coordinación con el ámbito subjetivo de la LAE. No obstante, sea como fuere, que al final se haya optado por utilizar el concepto de empresario a la hora de delimitar el presupuesto objetivo del procedimiento, debo reconocer que es algo que celebro. Me parece que va a traer menos «quebraderos de cabeza» al intérprete de la norma, que no va a tener los problemas de identificación del ambiguo concepto de emprendedor. Todo lo contrario, el artículo 231.1.2 LC deja meridianamente claro qué es lo que debe entenderse por empresario a efectos de aplicación del AEP, que va a incluir no solo aquellos en que concurre dicha condición conforme a la legislación mercantil (art. 1 Ccom), sino también aquellos que ejerzan actividades profesionales (arquitectos, médicos, abogados...) así como los trabajadores autónomos.

En definitiva, nos encontramos ante un procedimiento, que en contra de los principios de universalidad y unidad de la LC (la cual en virtud de su art. 1 permite el acceso al

²¹ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «La mediación concursal», Anuario de derecho concursal, Nº. 31, 2014, págs. 38 y ss.

concurso tanto a personas jurídicas como físicas sin hacer distinciones por su condición o no de empresario), excluye de su aplicación, sin razón aparente, a todo trabajador por cuenta ajena, funcionarios, pensionistas y en general todo aquel que no desarrolle una actividad empresarial.

Pasando a los **requisitos cuantitativos**, y siguiendo con las personas naturales, dentro de las que cumplan con esa condición de empresario, el legislador restringe el acceso al procedimiento únicamente a aquéllas cuyo pasivo no supere los cinco millones de euros. De nuevo, restricción a la aplicación del AEP que no se explica, pues parece que el legislador sin sentido alguno quiere limitar el recurso a este procedimiento únicamente a los empresarios de pequeña y mediana dimensión o PYMES.

Por su parte, en lo que se refiere al deudor persona jurídica, éste también es condicionado por una serie de requisitos cuantitativos recogidos en este caso en el 231.2 LC, que eso sí, de nuevo difieren, sin aparente justificación, de los vistos para las personas naturales. Y es que si estamos ante un modelo preconcursal dirigido hacia los empresarios, qué sentido tiene otorgar un trato diferenciado a los potenciales sujetos del acuerdo según se trate de personas jurídicas o naturales, imponiéndoles distintos requisitos. Así en este caso, en vez de hacer referencia únicamente al volumen del pasivo, para el caso de las personas jurídicas lo que se exige es que su concurso «no revista especial complejidad en los términos previstos en el art. 190 LC» lo que obliga ya de por sí a tener en consideración igualmente su número de acreedores o el importe del activo. En segundo lugar, se requiere también al deudor persona jurídica que «disponga de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo» lo cual es perfectamente razonable a efectos de que prospere el procedimiento. Lo que no lo es tanto, es que dicha exigencia no se mencione para el caso de personas naturales pues hace pensar que en dichos supuestos será obligatorio tramitar el procedimiento aunque el deudor no pueda sufragar los gastos. Y como tercer requisito de este tipo, se pide la previsibilidad de que el patrimonio e ingresos de la persona jurídica permitan alcanzar un acuerdo con posibilidades de éxito, algo que de nuevo me parece perfectamente sensato. Aun así, no querría dejar pasar la oportunidad de hacer referencia a una interesante reflexión que realiza PULGAR EZQUERRA respecto de estos dos últimos requisitos, al advertir que «La exigencia de activos líquidos suficientes y la previsibilidad de que el patrimonio e ingresos permitirán alcanzar un acuerdo, puede no obstante plantear una particular problemática en supuestos en que sea

un profesional el que pretenda acceder a este acuerdo, especialmente por el modo de actuación que en este ámbito puede caracterizarles, particularmente en el actual contexto de crisis económica —de origen básicamente inmobiliario— que ha tenido especial incidencia en determinados sectores profesionales (p.ej. arquitectos), que precisamente por esta situación pueden verse abocados en la práctica a la necesidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial».²²

Ninguna diferenciación de contenido cualitativo se realiza por otra parte, en lo referente al deudor persona jurídica, al que se permite acceder al acuerdo con independencia de la forma jurídica que adopten («sean o no sociedades de capital» establece la ley) y del carácter mercantil de su fin social.

En resumen, la LAE a la hora de determinar el ámbito de aplicación del AEP ha diferenciado entre dos tipos de sujetos distintos. Por un lado, el deudor persona jurídica al que exige los requisitos cuantitativos que acabamos de exponer (art.231.2) y por otro lado, el deudor persona física, al que aparte del requisito cuantitativo antes visto, le suma otro cualitativo consistente en ostentar la condición de empresario (Art. 231.1 LC).

Por último, el art. 231 LC, en su apartado tercero²³, realiza una enumeración de conductas cuya realización impide al deudor acceder al procedimiento del convenio. Se trata pues de una serie de limitaciones o prohibiciones, que en este caso sí son comunes a ambos tipos de deudores, que evidentemente lo que consiguen es dificultar la utilización del AEP coartando de nuevo el imprescindible principio de autonomía de la voluntad que debería respetarse en este tipo de acuerdos.

²² PULGAR EZQUERRA, Juana: «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 20, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, Editorial LA LEY, pág. 10.

²³ Vid. art. 231.3 LC, que prescribe: «No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial: 1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. 2.º Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación. 3.º Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieran llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. 4.º Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores».

Por el tipo de actuaciones que en general sancionan, la sensación es que su finalidad es configurar el AEP realmente como un beneficio o «premio» para aquellos deudores que tras una impecable trayectoria profesional hubieran caído por desgracia en situación de insolvencia. Prohibiciones, que como dice PULGAR EZQUERRA, «responden a una concepción decimonónica concibiendo los acuerdos extrajudiciales como si fueran institutos de “favor deudores”». Prohibiciones, que no solo son altamente criticables sino que además, gran parte de ellas, ya fueron eliminadas por el RDL 3/2009 como consecuencia de la evolución de la situación económica, cuando éstas estaban previstas igualmente en sede de propuesta anticipada de convenio, por lo que aún es más incomprensible que se haya decidido recuperarlas ahora.

Y es que, por comentar tan solo alguna de ellas, se prohíbe el acceso al procedimiento a las personas que en los últimos tres años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores o hubieran obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación. Sin duda para mí la restricción menos justificable de todas por cuanto directamente ni siquiera sanciona una actuación “reprobable” como pueden ser las demás, sino que simplemente se dedica a limitar el procedimiento extrajudicial a los casos de insolvencia inicial vetándolo para los de insolvencia persistente.

B) EL MEDIADOR CONCURSAL

Llegamos a un punto clave del trabajo por la importancia de la figura que se va a analizar. El «mediador concursal» es una de las novedades más significativas que introduce la LAE, pieza clave sobre la que gravita el acuerdo extrajudicial de pagos y del que en gran medida va a depender el fracaso o éxito del mismo. De hecho, el primer paso que debe dar el deudor que pretenda alcanzar dicho acuerdo con sus acreedores, es solicitar su nombramiento.

Ahora bien, para no desentonar con el resto de elementos que rodean al AEP, la figura del mediador concursal no está ni mucho menos exenta de críticas. La idea de utilizar la mediación para un procedimiento como este a priori parece la más idónea ya que es el mecanismo que mayor libertad deja a las partes para negociar un acuerdo con total libertad. Y eso es precisamente lo que se le ha reprochado al novedoso mediador

concursal, el hecho de que todo parecido con un verdadero mediador es pura coincidencia.

Por esto mismo, lo más atractivo en este momento considero que es ver cuáles son los fallos de que adolece esta figura y qué es lo que le impide desempeñar una correcta función de mediación.

a) La mediación

En efecto, el optar por un método autocompositivo, como es la mediación, que permite que sean las mismas partes las que alcancen y se otorguen una solución a su disputa, es totalmente acertado desde el punto de vista del objetivo pretendido por el AEP, en tanto en cuanto el mediador –como tercero imparcial- ayudará a las partes a dialogar y entenderse. Y este es justamente el mayor beneficio de la mediación, el hecho de que sea un tercero imparcial con falta de autoridad para imponer una solución, el que ayude a las partes inmersas en un conflicto a resolver la disputa o planear una transacción.

Así, si acudimos ahora a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), entre los principios fundamentales que deben concurrir en cualquier mediador, yo destaco 2 por encima de todos; el primero, el ya comentado de la imparcialidad²⁴, que viene a exigir al mediador el abstenerse de actuar en perjuicio o interés de cualquiera de las partes, de manera que este no debe influir ni dejarse influir por ninguna de ellas; y el segundo el referente a la confidencialidad²⁵, que es la que debe proporcionar un clima de confianza entre las partes y el propio mediador con objeto de que el procedimiento salga adelante. La confidencialidad supone principalmente que el mediador no podrá hacer uso de la información de la que tenga conocimiento dentro del proceso de mediación, fuera del mismo, de manera que no podrá por ejemplo ser llamado como testigo, declarar o aportar documentación sobre el proceso en otro judicial o arbitral, salvo que las partes le hayan dispensado expresamente de esta obligación o se requiera por resolución judicial motivada en un proceso penal.

²⁴ Imparcialidad proclamada en el art. 7 LM e igualmente recogido en el art. 2 del Código Europeo de conducta para los mediadores.

²⁵ La confidencialidad está recogida en el art. 9 LM.

b) El mediador concursal

Hecha esta pequeña introducción acerca de lo que constituye verdaderamente la mediación, ya estamos en condiciones de realizar una reflexión adecuada de la figura del mediador concursal, comparando lo que ésta realmente es, con lo que debería haber sido. No obstante, antes de nada debo aclarar que lo que a continuación viene no es una exposición de las distintas características técnicas y detalles procesales que componen al mediador concursal, algo que ya hace la ley y que reproducirlo de nuevo en este momento solo serviría para quitar sitio a lo verdaderamente importante; el análisis crítico de dicha figura que sirva para comprender cuáles y por qué son las cuestiones controvertidas que ésta suscita.

No hay otra forma de comenzar, que dejando claro quiénes son los sujetos, o que **requisitos** deben cumplir, para poder ejercer como mediador concursal. Y de entre todas las posibilidades existentes, el legislador ha optado por escoger un modelo en el que se «habilita» para ser mediador concursal a aquel que ostente la condición de mediador según la LM y que a la vez, cumpla con alguno de los requisitos que exige el 27.1 LC para poder ser administrador concursal.²⁶ En definitiva, la opción por la que opta la LC es la de facultar para ser mediador concursal a todos los administradores concursales que reúnan además, las condiciones para ser mediadores de acuerdo con la LM²⁷, algo que es perfectamente comprensible por otra parte. Sin embargo, el problema viene -como ya veremos- cuando a la inversa, dicho mediador concursal no solo está facultado para ejercer como administrador concursal, sino que efectivamente desempeñara tal función en el eventual concurso consecutivo que se abra en caso de fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos.

²⁶ A estos efectos, *Cfr.* Art. 27.1 LC: La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones: 1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal. 2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

²⁷ A saber, estos son los recogidos en el art. 11 LM: «1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley. 2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. 3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Además, relacionado con lo anterior, merece al menos una sucinta mención el sistema de **nombramiento** previsto para el mediador concursal. Probablemente estemos ante uno de los pocos aciertos de la reglamentación de este nuevo sujeto. Y esto es porque la designación del mediador concursal se realiza sobre el primero que de forma secuencial corresponda, de entre quienes figuren en una lista suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia publicada en el BOE. Se trata de combatir así los problemas de corrupción que plantea el sistema de nombramiento del administrador concursal en que de acuerdo con el 27.4 LC, el juez puede elegir, apreciándolo razonadamente (concepto jurídico indeterminado que da lugar a una amplia arbitrariedad), a los administradores que crea convenientes.

El segundo punto criticable en lo que respecta a la regulación del mediador concursal es el referente a su **retribución**. Ésta aparece en la nueva disposición adicional octava de la LC, introducida como no, por la LAE y titulada «remuneración de los mediadores concursales». Dicho precepto lo que indica es que la regulación de la remuneración de los mediadores concursales será la misma que la establecida para la de los administradores concursales, o lo que es lo mismo, que el mediador será remunerado como administrador concursal. Esto nos supone por ende, el tener que acudir al Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, que contiene diferentes parámetros para fijar dicha retribución. Y de entre todos éstos, es concretamente el fijado por el 4.1 del citado Real Decreto, que habla de la remuneración a percibir por el administrador concursal en la fase común, cuando no existe suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, el que parece aplicable a la actuación del mediador concursal.

Ante este estado de cosas, vemos como tampoco tiene nada que ver la remuneración del sujeto introducido por el Título X de la LC, que la prevista por el art. 15 LM, pues mientras que ésta dice que los gastos se repartirán a partes iguales entre las partes, la retribución del mediador concursal se realizará a cargo de los bienes del deudor.

Por otro lado, y aun adelantando que no vamos a pararnos a estudiar los criterios de retribución fijados por el citado 4.1 RD 1860/2004, sí que podemos asegurar que el desempeño de las funciones propias del mediador concursal están mucho mejor pagadas que las realizadas en un simple proceso de mediación. Es esta la conclusión a la que llega la profesora Agüero Ortiz, que tras tomar unas cuantías máximas y mínimas

realiza unos cálculos aproximados comparativos entre los honorarios de una figura y otra. Así, en un ejemplo consistente en la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos con una masa activa de 500.000 euros y una masa pasiva de otros 500.000 euros y con una duración de tres meses la profesora obtiene el siguiente resultado:

El mediador concursal cobraría 4.500 euros (1.500 euros al mes en caso de durar tres meses), mientras que el mediador ordinario debería realizar 15 sesiones, de 300 euros cada una, para percibir el mismo salario.²⁸

Pero aun visto lo anterior, el verdadero causante de que la figura del mediador concursal en nada tenga que ver con la de un verdadero mediador es el 242.2.1 LC. Este artículo establece que para aquellos casos en que el acuerdo extrajudicial de pagos no se alcance o resulte incumplido y se abra por ello el concurso consecutivo –ya tendremos ocasión de ver en qué consiste– el mediador concursal pasará a convertirse en el administrador concursal de dicho concurso.

Sin duda, con esta previsión, se quiebran ya definitivamente los más importantes principios informadores del proceso de mediación que destacábamos al comienzo de este epígrafe. Y entre dichos principios, probablemente el más afectado sea el de imparcialidad. Así, este imponía la obligación de una actuación objetiva no condicionada por ninguna de las partes. Sin embargo, lo que ahora nos debemos plantear es si el mediador concursal no tendrá un interés cierto en que el AEP termine fracasando. Para mí la respuesta es claramente afirmativa, pues en caso de que eso ocurra, se producirá la apertura del concurso consecutivo y su nombramiento como administrador concursal lo cual alargará su periodo de trabajo en el que seguirá cobrando. Pero hay más todavía, pues el mismo 242.2.1 LC que abre la posibilidad a que «ante circunstancias excepcionales» la retribución como administrador del concurso consecutivo sea mayor que la percibida como mediador del AEP lo cual en determinados casos multiplica el indicado interés en el fracaso del acuerdo.

Otro de los principios fundamentales que se ve conculcado por este hecho es el de confidencialidad. Si recordamos, en el caso del mediador ordinario, con el objeto de preservar tal confidencialidad, aquel no podía ni siquiera ser llamado como testigo al

²⁸ Para una mejor y más clara comprensión de lo expuesto, vid. AGÜERO ORTIZ, Alicia: «El mediador concursal como administrador extraconcursal», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 20, Segundo semestre de 2013, Editorial LA LEY.

procedimiento judicial, y en cambio en el caso de mediador concursal estamos hablando de que va a ser directamente éste el que gestione tal procedimiento judicial. Pero es que además, es evidente que desde el momento en que el deudor conoce que el mediador puede ser administrador concursal en un posible concurso posterior, queda reducida a cenizas todo ápice de confidencialidad. Y es que como advierte PULGAR, «¿se atreverá el deudor a contar al mediador circunstancias de su actividad que podrían ser objeto de rescisión en un eventual concurso en el que él será administrador concursal?. ¿Cabría invocar en este ámbito un conflicto entre la confidencialidad que conlleva ser mediador y las funciones que a éste se encomiendan cuando se convierte en administrador concursal?»

Por último hay que mencionar que el mediador concursal, entre sus funciones tiene la de comprobar la existencia y cuantía de los créditos y elaborar un plan de pagos, lo cual ya por sí solo excede de las funciones propias de un verdadero proceso de mediación, en que el mediador como sabemos se limita a facilitar la comunicación y el acercamiento entre las partes sin influir en su solución.

Recapitulando, al mediador concursal no se le exigen los mismos requisitos para su elección ni los mismos deberes y obligaciones para el ejercicio de su cargo que para el mediador ordinario, tampoco tiene asignadas las mismas funciones y su sistema de retribución es completamente distinto. Las conclusiones se sacan por sí solas, desde luego. Ni el mediador concursal tiene nada que ver con un verdadero mediador –más allá del nombre- ni su función tiene que ver lo más mínimo con la de mediar en el seno de una negociación para alcanzar un acuerdo extrajudicial. La función del mediador más bien, todo lo contrario, consiste en procedimentalizar dichas negociaciones, poseyendo en ellas un alto grado de protagonismo y dotándolas de unas características más propias de cualquier método heterocompositivo de resolución de conflictos como el arbitraje o el proceso jurisdiccional, que de un verdadero procedimiento extrajudicial como la negociación o la mediación.

2.3. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

De nuevo, he de aclarar que mi intención con este texto no es realizar una explicación detallada del procedimiento a seguir para formalizar un AEP sino acometer una

reflexión sobre los puntos a mi parecer más relevantes del mismo, destacando los incentivos y desincentivos de cara a su utilización. Además, esto posteriormente nos permitirá sacar conclusiones sobre las ventajas o desventajas y los logros o fracasos que ha supuesto su creación.

Es por eso que voy a pasar prácticamente de largo los artículos 232, 233 y 234 LC, a los que desde aquí me remito, que se dedican a hablar del procedimiento de iniciación del acuerdo. No obstante, por dotar de una estructura más completa al trabajo y seguir un orden lógico, sí que me veo en la obligación de hacer algunos comentarios muy sucintos al respecto de cada uno de los artículos.

A) SOLICITUD DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Como es lógico, el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos se inicia a instancia de parte. Concretamente es el deudor –y no los acreedores- el único legitimado para solicitar su apertura. Además, en el caso de deudor persona jurídica – que es la perspectiva desde la que escribo esta obra- ésta decisión de instar el AEP corresponde a su órgano de administración o al liquidador.

Respecto a la finalidad y contenido de dicha solicitud, a parte evidentemente de iniciar el procedimiento extrajudicial, destaca el relativo a pedir expresamente el nombramiento del mediador concursal imprescindible como acabamos de ver para lograr alcanzar el acuerdo. Relevante es también el hecho de que si el deudor es sujeto objeto de inscripción, la solicitud del mediador se realizará ante el Registrador Mercantil, mientras que en el resto de casos la petición se dirigirá al Notario del domicilio del deudor. Nótese que la norma lo que toma en consideración para distinguir entre un supuesto y otro es únicamente la potencialidad para ser inscrito y de hecho, en los casos en que un sujeto sea inscribible pero no lo esté, el propio registrador mercantil se encargará de hacerlo abriendo la hoja correspondiente. Por esto mismo y teniendo en cuenta que para poder acceder al AEP hace falta tener la condición de empresario (sujeto que puede ser inscrito en el RM), no tenemos muy claro en qué casos será necesaria la participación del notario.

Otro de los contenidos fundamentales que debe acompañar a la solicitud del acuerdo, es una lista de todos los acreedores del deudor con expresión de la cuantía y vencimiento de sus respectivos créditos, entre los que se debe incluir igualmente a aquellos titulares

de créditos con garantía real o de derecho público aunque luego no vayan a verse afectados por el acuerdo. Con esto, personalmente entiendo que el legislador ha querido establecer una lista global que abarque a la totalidad de acreedores, sin admitir así una lista selectiva que posteriormente habilite al deudor para convocar a la reunión del 234 LC solo a algunos de ellos. De este modo, la referencia hecha a los acreedores con garantía real y a los de derecho público –únicos que realmente podrán no verse afectados por la mencionada reunión- solo indica qué estos también deberán incorporarse a la lista aunque solo sea a efectos informativos.²⁹

Una vez presentada la solicitud ante el registrador mercantil o notario, serán éstos mismos los que decidan sobre su admisión o no. A este respecto, el 232.3 LC, prevé la inadmisión de la solicitud de acuerdo extrajudicial cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos exigidos para alcanzarlo; estos son los requisitos tanto objetivos o como subjetivos que hemos visto antes. Igualmente, y como cabe esperar, se establece también la inadmisión en los casos en que se incurriera en alguna de las prohibiciones del art. 231 y cuando faltaren alguno de los documentos exigidos o sencillamente estos fueran incompletos.

Pero viendo esto, la duda que se nos plantea ahora es si adoleciendo la solicitud de alguno de estos defectos, el deudor puede subsanarlos antes de que sea acordada la inadmisión. El criterio unánime de la doctrina a esta cuestión –y al cual me sumo- es que no cabe tal subsanación, sino que la inadmisión de la solicitud será automática en el momento en que concurra cualquiera de dichos vicios. A esta conclusión se llega si tenemos en cuenta que nada dice el artículo al respecto, que guarda silencio de manera se entiende que intencionada. Además, cuando la voluntad de la ley es otra sí que encarga de establecerlo expresamente, como hace por ejemplo el artículo 13.2 LC al establecer un trámite de subsanación en el caso de solicitud de concurso. Muy revelador en este mismo sentido es también la aclaración que hace el artículo cuando dice que se inadmitirá igualmente en caso de que se presenten documentos incompletos, ya que en otro caso lo normal hubiera sido prever la posibilidad de completarlos.

²⁹ No lo tiene tan claro esto el profesor SANJUAN MUÑOZ, que plantea la posibilidad de que lo realmente querido por el legislador es abrir la puerta «a los acuerdos parciales de manera que por ello se refiere el art. 232 a la lista de los afectados, a la que deberá unirse la de aqueos otros no afectados con garantías reales o públicos. Quedarían fuera los demás no afectados aunque evidentemente esto nos afectará al plan de viabilidad y necesariamente deberían hacerse constar». Cfr. SANJUAN MUÑOZ, Enrique: «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)», Diario La Ley, Nº 8196, de 21 de noviembre de 2013 (LA LEY 8712/2013).

Sin duda, con esta rigurosa norma nos encontramos con una nueva traba cuya finalidad da la sensación que es dificultar y desincentivar un poco más el acceso al procedimiento. Ahora bien, en lo que a desincentivos se refiere, el «plato gordo» llegará con la apertura formal del procedimiento y los efectos que de ella se derivan.

B) EL NOMBRAMIENTO DEL MEDIADOR CONCURSAL Y LA CONVOCATORIA DE LOS ACREEDORES

Antes de pasar a lo que verdaderamente nos interesa, la apertura del expediente y sus efectos, como ya he dicho antes, por no dejarme ningún paso del procedimiento que pueda desorientar al lector, comentaré brevemente los dos escalones intermedios entre la solicitud del AEP y su apertura formal; el nombramiento del mediador concursal y la convocatoria de los acreedores.

a) El nombramiento del mediador concursal

Respecto al nombramiento del mediador concursal, creo que poco más puedo comentar al respecto pues ya hemos hablado largo y tendido sobre esta figura en sede de «los sujetos del AEP». Así, una vez formulada la solicitud de iniciación del proceso, el Registrador o el Notario proceden al nombramiento del mediador conforme al procedimiento ya visto. Destacábamos en ese momento, que dicho sistema de elección del mediador impone unos criterios o reglas en quienes tienen que realizarla, que no pueden basar su decisión en motivos discrecionales sino que deben limitarse seguir un orden de lista consiguiendo evitarse así los problemas que en que se ve envuelta la elección de los administradores concursales.

Una vez efectuado su nombramiento, el mediador concursal debe comparecer ante el órgano que lo designa para aceptar ante él su nombramiento. Para ello, parece aplicable el plazo de 5 días establecido por el art. 344 RRM, ya que al no decir nada expresamente la Ley Concursal, debemos acudir a dicho reglamento por remisión del 233.1.3 LC. Además, el mediador también tiene la posibilidad de rechazar el nombramiento sin que ninguna consecuencia negativa se derive sobre él. En ese caso simplemente «correría turno» y sería elegido el siguiente de la lista. No ocurría lo mismo para el caso de los mediadores concursales al que se le impedía ejercer su cargo en el mismo partido judicial durante los siguientes 3 años (Art. 29.2 LC).

Una vez aceptado el cargo y comunicado al órgano designante (registrador mercantil o notario) una dirección electrónica que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 29.6 LC a efectos de notificaciones y comunicaciones, éste —el órgano elector— deberá informar de dicha elección a; los registros públicos competentes (Mercantil, Propiedad, Civil, Bienes Muebles...), al Juzgado Mercantil que sería en su caso competente para la declaración del concurso, al Registro Público Concursal y a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Así, cumplidos ya todos los trámites anteriores se puede decir que la elección del mediador concursal ya se ha formalizado, dándose paso a otro momento imprescindible en el procedimiento del AEP; la convocatoria de acreedores.

b) La convocatoria de acreedores

El art. 234.1 LC lo que dice es que «en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo»

Volvemos entonces al tema de la famosa lista que debe presentar el deudor junto con la solicitud del procedimiento y que tantas dudas interpretativas ha originado. Sinceramente, considero que no merece la pena darle muchas más vueltas a éste asunto ya que hacer cábalas y distintas interpretaciones alternativas como han hecho otros autores solo llevan a confusiones que acaba pagando el usuario de la norma.

Para mí la única lectura de la norma es, como ya dije en su momento, que la lista que se debe presentar obligatoriamente ha de ser global (incluyendo a la totalidad de acreedores) pero que posteriormente solo se convocarán a aquellos que puedan ser afectados por el acuerdo en el sentido de poder excluir de la reunión —únicamente— a los acreedores con créditos reales y de derecho público. No obstante ya digo que este es simplemente mi parecer, y que no faltan profesores que entienden en sentido contrario, que aparte de los créditos reales y públicos también pueden marginarse de la convocatoria a otros acreedores ordinarios, apostando así por un acuerdo selectivo extrajudicial de pagos. Ahora bien, fuere la solución que fuere, lo que de ninguna

manera se podrá hacer es convocar a la reunión a ningún tercero acreedor que no figurase originalmente en la lista.

La reunión tendrá lugar dentro de los dos meses posteriores a la aceptación del cargo por parte del mediador concursal.

C) INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE Y EFECTOS

Nos encontramos por fin ante uno de los momentos cumbres del AEP. Esto es porque viendo los efectos que se derivan de la iniciación del procedimiento vamos a comprender exactamente cuáles son las características reales de este instituto preconcursal. Vamos a ver cuáles son sus verdaderos atractivos y cuáles sus peores sombras. Para ello, y siguiendo la línea que he llevado durante toda esta exposición en la que mi mayor propósito ha sido hacerla clara e intuitiva, a continuación iré realizando una reflexión acerca de cada uno de los efectos que prescribe el 235 LC para acabar con una valoración global de todos ellos.

Comenzando pues por el principio, el primer efecto que se desprende de la iniciación del expediente es uno doble ya que el deudor, por un lado podrá **continuar con su actividad laboral** o empresarial, pero por otro, no podrá solicitar la concesión de préstamos o créditos ni podrá hacer uso de sus tarjetas de crédito ni de medio electrónico de pago alguno, las cuales deberá devolver a su entidad bancaria.

Respecto al hecho de que se permita continuar con la actividad económica de la sociedad, más que un acierto, me parece algo lógico y «de cajón» ya que si lo que pretendemos es solucionar los problemas de solvencia y liquidez del deudor, no creo que sea posible lograr tal objetivo si impedimos a éste seguir con su trabajo, principal fuente de ingresos.

Pero por esto mismo, lo que no se entiende en absoluto es el segundo efecto que establece el legislador para el deudor en el mismo apartado primero del 235 LC. Es decir, si con muy buen criterio como apuntábamos, se permite al deudor continuar con su actividad empresarial, qué sentido tiene luego privarle de los principales medios de pago con los que cuenta toda persona en nuestra moderna sociedad tecnológica. Es más, si tenemos en cuenta que desde 2012 a los empresarios no se les permite hacer pagos en

efectivo de más de 2500€³⁰, la premisa de legislador se torna ya—si se me permite la expresión— una «solemne tontería». Desde luego, y teniendo en cuenta las relevantes funciones que se le asignan al mediador concursal —distinguiéndolo así por completo de un verdadero mediador—, mucho más inteligente hubiera sido encomendarle a éste una más, consistente en el control de la actividad patrimonial del deudor mediante un sistema de autorizaciones como la establecida para el concurso. Por otra parte, tampoco es aplaudible el que se impida acudir a la refinanciación mediante la concesión de créditos y préstamos cuando todos sabemos que en situaciones de crisis, son estos los medios más utilizados para dicha finalidad. En definitiva, nos encontramos ante el primer efecto restrictivo para el deudor que hará que éste se lo piense dos veces antes de acudir al procedimiento.

Distinto es el efecto derivado del apartado segundo del citado artículo, relativo a la **paralización de las ejecuciones singulares**.

A diferencia del anterior, éste un efecto cuyos afectados, valga la redundancia, ya no van a ser los deudores solicitantes del acuerdo sino sus acreedores. De este modo, desde la publicación de la apertura del expediente³¹, «los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses». En este caso sí, me parece una medida lógica que encuentro imprescindible para que las negociaciones no se vean obstaculizadas.

La paralización de ejecuciones, también utilizada en el sistema inglés donde la denominan “automaticstay”, supone uno de los mayores incentivos para los deudores a la hora de acudir al AEP. De hecho, es donde este procedimiento marca la diferencia con respecto a los demás institutos preconcursales (véase acuerdos de refinanciación y propuesta anticipada de convenio), que no cuentan con este mecanismo de protección

³⁰Vid. Artículo 7.1 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. «No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera.»

³¹ Adviértase aquí, que en este caso el dies a quo que hay que tomar en cuenta a partir del cual se produce la paralización de las ejecuciones por los acreedores es el de la fecha de publicación del expediente. Se distingue por tanto de los efectos sobre el deudor (prohibición de utilización de tarjetas de crédito entre otros) que los empieza a sufrir desde el mismo momento en que solicita la apertura del expediente (y no cuando ésta efectivamente se produce).

frente a las ejecuciones singulares de los acreedores. Desde luego, como ya se ha notado a mi esta opción legislativa me parece todo un éxito, pero como siempre me gusta poner todas las opiniones sobre la mesa, también mencionare que hay quienes ven esta paralización una excesiva privación de derechos para los acreedores. Repito que no comparto esta postura, más y cuando hay que tener en cuenta que tal efecto solo perdurará en el tiempo durante 3 meses, transcurridos los cuales, los acreedores recuperarán todas sus acciones contra el deudor.

Sin embargo, igual que ocurriera antes, el problema viene cuando al seguir leyendo el artículo vemos como el legislador se viene abajo, introduciendo la importante excepción a esta regla permitiendo a los acreedores con garantía real continuar con sus ejecuciones, lo cual no obstante guarda relación con el hecho de que tales créditos solo se ven afectados por el AEP en los casos en que sus acreedores lo quieran. Pero claro, si a esto le añadimos –la obviedad por otra parte- de que los créditos de derecho público tampoco se van a ver afectados por la paralización de las ejecuciones, vemos como gran parte de los avances logrados se quedan en muy poca cosa ya que en el momento en que estos acreedores continúen con sus ejecuciones o incluso inicien otras nuevas, neutralizarán casi por completo el procedimiento para alcanzar el AEP.

Aun así, y como tenemos muy presente aquello de «menos da una piedra», daremos por bueno el precepto aunque solo sea porque introduce una novedad que nadie se había atrevido a formular hasta ahora.

Y en un sentido muy similar continua el 235 en su apartado 3, que impide igualmente desde la publicación de la apertura del expediente, que los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo realicen **«acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común»**. Aunque de contenido algo ambiguo, lo que está claro es que esta premisa se configura como un nuevo mecanismo protector del deudor instante del acuerdo. Protección que por otro lado, hay que advertir que es personalísima para aquél (el deudor), y que desde luego no alcanza a sus obligados solidarios ni garantes, cuyos acreedores conservan las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos.

Por último, del 235.6 LC se desprende otro importante efecto de la iniciación del proceso que trata también de incentivar al deudor a acudir a él y que consiste en la **imposibilidad de que éste sea declarado en concurso** mientras se encuentre

negociando el acuerdo extrajudicial y en tanto concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 bis.

Como sabemos, el 5 LC obliga al deudor que se encuentre en situación de insolvencia a solicitar la declaración de concurso necesario dentro de los dos meses siguientes a que ésta aparezca. Lo que ocurriría por tanto en el caso de que no se articulase el beneficio del 5bis, es que en aquellos casos en que terminadas las negociaciones para alcanzar el acuerdo extrajudicial, el deudor no hubiera salido de su situación de insolvencia habría incurrido en el incumplimiento del deber de solicitar concurso y consecuentemente sería sancionado en la sección de calificación conforme al art. 165 LC. Pero como decimos, para salvar esta situación, el legislador ha previsto la misma solución que para los acuerdos de refinanciación. Y esta es, por un lado la suspensión del mencionado deber de solicitud de concurso desde el momento de la mera comunicación de la apertura de negociaciones (que realizará el notario o registrador mercantil) hasta un plazo de 3 meses y por otro, y durante el mismo lapso de tiempo, se decreta la inadmisibilidad de solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o del mediador concursal.

Resumiendo, de la iniciación del procedimiento se derivan diferentes efectos de muy distinta índole y categoría. De hecho, la primera diferencia fundamental entre ellos, es el momento en que se producen. Quiero decir con esto, que si bien dicho momento es en teoría el de iniciación del expediente (que es el nombre con el que el 235 LC denomina al procedimiento extrajudicial de pagos), no se delimita en ningún momento en la ley donde se sitúa exactamente dicho inicio. Y es que si acudimos a las limitaciones impuestas al deudor en el 235.1, el inicio se encuentra en el momento de la solicitud de apertura del expediente. En cambio, para las limitaciones a los acreedores del 235.2, aquél inicio se traslada al momento de la publicación de dicha apertura. En este último caso, debemos tener en cuenta que la única publicación que prevé la ley es la del nombramiento del mediador –una vez este ha aceptado el cargo-, por lo tanto entendemos que el expediente se habrá iniciado solo desde el momento en que el mediador concursal realice tal aceptación.

Por otro lado, mientras que algunos efectos suponen desincentivos a los sujetos que se plantean acudir al procedimiento, otros provocan la consecuencia contraria. Los primeros constituyen graves perjuicios para el deudor, como la imposición a éste de

tener que pagar en metálico y al contado, y los segundos producen los mismos quebrantos pero para los acreedores, por ejemplo prohibiéndoles continuar con sus ejecuciones contra el deudor. Ahora bien, en este segundo caso lo que nadie sabe es cuáles serán los efectos jurídicos derivados del incumplimiento por parte de los acreedores de tales prohibiciones. Pues ni si quiera en el concurso consecutivo, se ha previsto ningún mecanismo de revisión de estas conductas.

Para acabar debo confesar que en general, en esta materia de efectos, es una de las pocas en las que coincido con la regulación propuesta. Me parece que la mayoría –a excepción del proclamado en el 235.1- tienen como fin último el promocionar el acuerdo extrajudicial de pagos frente al resto de mecanismos preconcursales o frente al propio concurso, y alguno de ellos (como la suspensión de la obligación de solicitar el concurso) resulta directamente imprescindible para su posible éxito.

D) EL PLAN DE PAGOS

Otro de los elementos claves del acuerdo extrajudicial, tanto por su importancia dentro del mismo como por lo polémico de su contenido, es el plan de pagos.

Evidentemente, no se puede llegar a un acuerdo en la reunión de los acreedores si no se aporta previamente un plan de pagos que estos puedan aprobar o no, y es el mediador concursal, de nuevo en ejercicio de esas funciones exorbitantes de las que serían propias de su cargo, al que corresponde elaborarlo. Ahora bien, a pesar de que ciertamente la iniciativa le corresponde al mediador y es este el que debe remitir dicho plan a los acreedores, para su redacción debe contar con el consentimiento del deudor de acuerdo con el 236.1 LC. Al final por tanto, la propuesta es consensuada por ambas partes e incluso el deudor puede –y debería- ser el que la elabore completamente ya que es el que verdaderamente conoce la situación patrimonial de la sociedad, a pesar de que sea luego el mediador el que la firme como suya a efectos de cumplir con la regulación.

Además, el apartado tercero del artículo 236 LC introduce la posibilidad de que dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos puedan presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación.

Y este último inciso es otro de los escasos puntos en los que celebro la labor del legislador, pues constituye una de las pocas previsiones legislativas que contribuyen a convertir el acuerdo extrajudicial de pagos en algo similar a un verdadero acuerdo extrajudicial. Se permite así que la propuesta del acuerdo que luego será aprobada o no en una reunión, sea elaborada de algún modo entre las dos partes interesadas en el mismo, deudor y acreedores, a pesar de que tenga que ser también con la colaboración – esperemos que no demasiado entorpecedora- del mediador concursal.

No obstante, en esta montaña rusa de emociones a la que me tiene acostumbrado el legislador, que consigue mi admiración y aversión a partes iguales, y que me hace bajar de cien a cero en cuestión de segundos, lo logra una vez más cuando, tras recuperar mi fe en él al observar lo comentado en el párrafo anterior, continúo leyendo y me topo con lo que establece debe ser el contenido del plan de pagos.

Me refiero efectivamente a la nueva, y esta vez flagrante agresión cometida al principio de autonomía de la voluntad mediante la limitación contenida en el 236.1 LC que impide que se pacten en el acuerdo esperas o moratorias superiores a tres años y quitas que estén por encima del 25% de los créditos. De verdad que poco tino había tenido el legislador en la confección de este procedimiento, pero con este despropósito para mi consigue definitivamente deshacer todo lo que se hubiera adelantado anteriormente.

Quizá el lector esté ahora perplejo ante la excesiva dureza de mis palabras pero es que hay que recordar que el acuerdo extrajudicial de pagos se planteaba como una alternativa a la judicialización y reglamentación del concurso. Su elaboración nacía de la necesidad de dotar al sistema concursal de mayor número de mecanismos que permitieran a las partes resolver sus problemas autónomamente al margen de los juzgados, y concretamente de la necesidad de proteger a través de su regulación, a los acuerdos extrajudiciales privados.

En cambio, el resultado que nos encontramos es un procedimiento en el que son constantes las imposiciones y limitaciones a las partes en el que da la sensación que es la ley quién les dice en todo momento lo que deben hacer.

En primer lugar, al impedir que ciertos tipos de acreedores puedan verse afectados por el acuerdo. Hablamos por supuesto de los créditos con garantía real y los de derecho público. Los primeros al menos sí que pueden llegar a incluirse en el acuerdo siempre y

cuando sus poseedores así lo quieran expresamente, pero los de derecho público ni si quiera eso. Desde luego, con estas exclusiones no solo se restringe la libre voluntad de las partes que debe regir en cualquier acuerdo de mediación, sino que se frustra casi por completo la finalidad del mismo si tenemos en cuenta que de normal, esta clase de créditos (reales y públicos) suelen constituir la mayor parte del patrimonio de las empresas.

Y en segundo lugar, al imponer como ya hemos comentado, unas limitaciones excesivas y carentes de toda justificación, al contenido del posible acuerdo al que se llegue en el marco de proceso. Limitaciones que personalmente me irritan aún más por la sorpresa que me provocan al contrastarlas con la libertad que rige el contenido de los acuerdos de refinanciación, tanto los generales como los homologados judicialmente, en que se puede pactar cualquier tipo de quita o espera. Pero no solo eso, sino que también para el propio convenio concursal, la LC tiene previstos unos márgenes de actuación mucho mayores ex art. 100.1, al permitir pactar esperas de hasta 5 años y quitas de la mitad del importe de los créditos ordinarios, pudiendo el juez incluso autorizar para superar dichos límites.

Pero sinceramente, ni siquiera lo anterior importa. Da igual lo que se permitiera o se dejase de permitir en el resto de soluciones al concurso. Aquí estamos tratando con lo que se supone es un acuerdo extrajudicial y como tal, se debe dejar en manos de los implicados negociar los acuerdos que mejor crean para sus intereses. No entiendo cuál es el miedo del legislador para coartar tal libertad con restricciones tan severas. Debemos recordar que el sujeto que acude a un acuerdo de este tipo es porque realmente busca soluciones a su difícil situación de insolvencia, y que los acreedores que están dispuestos a negociar con él tienen como principal objetivo conservar la actividad empresarial del deudor y seguir así contando una relación comercial que le puede reportar de nuevo beneficios en un futuro. Por eso, si la voluntad de los titulares de los créditos es reducirlos o incluso condonárselos en su totalidad al deudor, el legislador no me parece quién para malograr tal decisión.

Por último, y como una nueva muestra de la falta de interés por parte del legislador de configurar el AEP como una verdadera solución a la supervivencia de la sociedad, respecto del plan de pagos y de forma contraria a lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación, no se exige ni se realiza ningún tipo de control con objeto de que éste

sea viable, realizable o razonable y permita la continuidad de la actividad en el medio y largo plazo. De hecho, ex art. 236.2 se permite la posibilidad de que el acuerdo incluya la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. Un sinsentido más, que como digo, en vez de contribuir a la consecución de la razón de ser del acuerdo, que es la de superar la situación de insolvencia del deudor común para que pueda seguir desarrollando su actividad empresarial, va en la línea de permitir una liquidación anticipada del mismo.

E) LA REUNIÓN DE LOS ACREEDORES Y LA APROBACIÓN O RECHAZO DEL ACUERDO

Una vez se ha convocado a los acreedores y se ha redactado lo que se pretende que sea el contenido del acuerdo, toca reunirse todas las partes implicadas y votar a favor o en contra.

La particularidad que tiene en este caso la mencionada reunión, son los efectos negativos que provoca para aquellos acreedores que, habiendo recibido la convocatoria del mediador, no asistan a la misma. Concretamente, el art. 237.1 LC sanciona a estos sujetos con la calificación de sus créditos como subordinados en el supuesto en que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común, que en este caso será denominado concurso consecutivo. Además, en este sentido se ha considerado que únicamente se producirá la subordinación si la reunión llega a tener lugar de modo efectivo y el acreedor, ni asiste ni expresa su oposición hasta diez días naturales anteriores a la reunión.³²

Quizá, de todos los efectos negativos que se derivan de la iniciación del procedimiento para los acreedores éste sea el más duro e «injusto» de todos pues encontrándonos ante un mecanismo extrajudicial como es el AEP, parece que debería dejarse un poco más de libertad a aquéllos para que decidan si quieren participar o no en el acuerdo y por tanto optar por acudir o no a las reuniones celebradas para su debate. No obstante, en este caso tampoco me opongo frontalmente a la decisión del legislador porque al fin y al cabo es una manera de incentivar –aunque sea de manera forzosa- a que todos pongan

³² Conclusiones sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, op. Cit., apartado I-11º.

algo de su parte para buscar una solución a los problemas de insolvencia del deudor. No hay que olvidar además que también se ofrece la posibilidad de avisar el desacuerdo con diez días de antelación no habiendo en ese caso ningún problema con la inasistencia. Por tanto entiendo que la finalidad -loable- de la norma no es otra que tratar de luchar contra la mera apatía de ciertos acreedores que por su falta de interés en llegar a un acuerdo, pueden frustrar las opciones de cobro de los demás.

Por supuesto, en nada afectará todo lo anterior a los acreedores con crédito real o de derecho público que no asistan a la reunión.

Y reunidos ya todos los acreedores, evidentemente solo falta votar el acuerdo conforme a las reglas del 238 LC. De este modo, para que el acuerdo se pueda aprobar requiere de los votos de al menos el 60% del pasivo sujeto a voto, es decir, excluyendo los créditos públicos y los créditos con garantía real a no ser que estos últimos hubiesen manifestado su voluntad expresa de someterse al acuerdo. Además, la excepción a la regla general viene para el caso de que entre los pactos se incluya la cesión de bienes en pago de deudas, en cuyo caso será necesario el 75% de la masa pasiva. Tampoco está demás aclarar que no existen distintas clases de acreedores a efectos de la votación por lo que el voto de todos ellos valdrá lo mismo (siempre dependiendo del porcentaje de pasivo del deudor que les corresponda, claro está).

Una vez finalizada la votación, en caso de resultar aprobado el acuerdo, el paso siguiente es formalizarlo mediante escritura pública así como presentarlo ante el Registrador Mercantil en caso de que el deudor sea uno de los sujetos a inscripción. Posteriormente se debe comunicar al Juzgado el cierre del expediente por acuerdo, así como los Registros en que hubiese sido anotado el procedimiento, y se finaliza con la publicación en el BOE y en el Registro Público Concursal.

Si por el contrario, el acuerdo no fuera alcanzado, entiendo que el mediador igualmente deberá comunicárselo al registrador o notario para que puedan dar por concluido el procedimiento sin acuerdo, y sin perjuicio de que luego se inste la declaración de concurso consecutivo ex art. 238.3 LC.

Pero volviendo al supuesto de que el acuerdo sea aprobado, tenemos que acudir por último al art. 239 LC que establece una serie de casos en que éste puede ser impugnado. Respecto a éste régimen de impugnación, lo primero que hay que decir es que es muy

parco y restringido. No lo ha desarrollado demasiado el legislador, probablemente de manera consciente, atendiendo a los numerosos filtros y limitaciones a los que se somete el acuerdo durante todo el procedimiento y que suponen ya una presunción de legalidad final.

Así, el legitimado para ejercitar esta acción es «el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 LC». Y los motivos que se pueden alegar en orden a acudir a este proceso son tasados y se reducen únicamente a 2:

En primer lugar, la falta de concurrencia de las mayorías exigidas, esto es, los supuestos en que no se llegue a los quórum necesarios. Dentro de este motivo se incluyen los casos en que se ha dado una mayoría u otra fruto de la no convocatoria de determinados acreedores.

En segundo lugar, el incumplimiento de los límites legales de las quitas y las esperas, o simplemente la desproporción de estas. Con este último inciso, ya se vislumbran los problemas de interpretación que van a derivarse de un concepto jurídico indeterminado como es la “falta de proporción” de los acuerdos. Honestamente, no sé en qué casos se puede dar tal desproporción si tenemos en cuenta los excesivos límites que ya de por sí se ponían al contenido del plan de pagos. En todo caso, será labor del Juez el ir caso por caso analizando las circunstancias concretas de cada deudor y su relación con los acreedores así como las características de éstos, con objeto de evitar que se produzcan perjuicios excesivos para ninguno de ellos.

El proceso judicial a través del cual se ventilarán estas acciones de impugnación se sustanciará ante el juez competente para la declaración del concurso y por los trámites del incidente concursal común. Además, se trata de un proceso de doble instancia, por lo que la sentencia que resuelva sobre la impugnación será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente.

F) EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL ACUERDO

Visto ya todo el procedimiento a seguir hasta alcanzar el AEP, vamos acercándonos al fin de este trabajo, y ya solo nos falta saber cuáles son los efectos que éste despliega una

vez aprobado o cuáles las consecuencias derivadas del fracaso o incumplimiento del mismo.

Pues bien, a partir de la aprobación del acuerdo, la primera y lógica consecuencia que se deriva es la prevista en el 240.2, consistente en la remisión –total o parcial-y aplazamiento de los créditos conforme a lo pactado. Y, en caso de cesión de bienes en pago se producirá la reducción de los créditos en la cantidad acordada, o directamente su extinción por completo en caso de que se haya acordado una «dación en pago».

La novación es por tanto, el principal efecto que se desprende de la aprobación del acuerdo. Pero no el único. Así, una vez se alcance el AEP, éste extingue la totalidad de acciones ejecutivas singulares por deudas anteriores a la publicación de la apertura del procedimiento. Este efecto extintivo supone no solo la imposibilidad de que los acreedores continúen o inicien ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a dicho momento sino también permite al deudor solicitar la cancelación de los correspondientes embargos ante el juez que los hubiera acordado (240.1 LC). Esta previsión última es perfectamente coherente en tanto en cuanto no tiene sentido que los bienes y derechos del deudor continúen «reservados» a favor de un acreedor que ya no posee el derecho de ejecución que le permite hacerse con ellos.

2.4. EL CONCURSO CONSECUTIVO

Decía ya en alguna parte del trabajo –no sé si con la suficiente insistencia-, que cuando concreté el objeto de lo que sería mi exposición, decidí acotar *el acuerdo extrajudicial de pagos* solo desde el prisma en que éste afecta al deudor persona jurídica, con la finalidad de tener espacio suficiente para profundizar en detalle sobre el mismo. De ahí también mis numerosas referencias a lo largo de la obra a las sociedades, dejando de lado a los empresarios –téngase en cuenta por tanto, que no es un problema de confusión terminológica sino que es realizado con toda la intención del mundo.- Y es por esto mismo, que ahora que toca hablar del concurso consecutivo, debo adelantar que de su análisis se excluirá lo referente al revolucionario mecanismo exoneratorio de deudas, que solo tiene virtualidad respecto del deudor persona natural, y cuyo análisis detenido daría para rellenar otras 60 páginas. No obstante, a la hora de hablar de las novedades introducidas por la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización ya se dieron unas pinceladas básicas sobre este tema para que nadie se quedase con ese vacío.

El concurso consecutivo, como su propio nombre indica no es más que una modalidad de concurso, creada específicamente para abrirse derivadamente del fracaso, incumplimiento o anulación del acuerdo extrajudicial de pagos. Fracaso que

Lo primero que hay que remarcar, es que ésta novedad sin precedentes en nuestro sistema, se configura como una solución concursal únicamente en el marco del procedimiento para alcanzar el AEP. Todos tenemos claro después de algunas palabras escritas al respecto, que nuestra ley concursal recoge varios mecanismos preconcursales que cuentan con numerosos puntos en común con el flamante AEP. Sin embargo, si en algo ha querido diferenciarlos el legislador es en las soluciones que se arbitran posteriormente a los mismos en caso de que por alguna razón estos no logren acabar con la situación de insolvencia de la empresa. Mientras los primeros (véase acuerdos de refinanciación o acuerdos extrajudiciales en sentido estricto) serán seguidos por la iniciación de un concurso normal, en caso de que el procedimiento introducido por la LAE no prospere, inaugurará un trámite especial denominado concurso consecutivo.

Los legitimados para instarlo se dividen en 4 grupos; el propio deudor, que puede solicitarlo en cualquier momento durante el procedimiento encaminado a alcanzar el AEP; el mediador concursal, que no solo está facultado para instar el concurso consecutivo sino que tiene la obligación de hacerlo tan pronto como conozca la imposibilidad de alcanzar el acuerdo o el incumplimiento del mismo; los acreedores, que podrán solicitarlo en los mismos casos en que el mediador está obligado; y por último el Juez Mercantil que hubiese conocido de la impugnación del acuerdo, que en caso de estimarla, deberá proceder de oficio a la declaración del concurso consecutivo.

La diferencia principal entre este tipo de concurso y el convencional, es que se configura como un procedimiento de liquidación en el que se pretende la realización de los bienes y derechos del concursado. Es decir, el concurso consecutivo ya no da la opción a formular un convenio que trate de solucionar la insolvencia del deudor sino que pasa directamente a la fase de liquidación.

Si soy franco, aún no tengo una opinión formada sobre este punto. Por un lado, me parece que el concurso consecutivo constituye una sanción demasiado dura para un sujeto que lo único que ha hecho es intentar alcanzar un acuerdo con sus acreedores a través de un cauce extrajudicial y que no lo ha conseguido, y al que no se le da la una segunda oportunidad de darle viabilidad a su actividad empresarial, obligándole a la

realización de su patrimonio. Pero por otro, tampoco se me escapa el hecho de que si en el marco favorable de un procedimiento extrajudicial de pagos no ha conseguido encontrar solución a su situación de insolvencia, las posibilidades de que sí lo haga en sede de concurso son más bien escasas. Y ante esto, parece que la opción por la que se ha decidido el legislador es por no alargar más la agonía e imponer la venta de sus bienes lo antes posible con objeto de sacar el máximo valor de los mismos y poder así satisfacer la mayor parte del pasivo que sea posible. De un modo u otro, la práctica nos dirá si esto supone o no un desincentivo para el deudor a la hora de acudir al procedimiento.

Ningún comentario voy a hacer sobre la designación del mediador concursal como administrador concursal del concurso consecutivo pues ya dejé más que clara mi postura cuando analice dicha figura. Por eso terminaré este epígrafe con un comentario sobre las acciones de reintegración a las que hace referencia el 242.2 en su apartado tercero. Éste establece que «el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario».

No obstante, no es el momento en el que se comienza a computar el plazo el que me interesa, sino más bien la consecuencia que se deriva de dicha norma, esto es, la posibilidad de que los pagos –legalmente- realizados durante el procedimiento para alcanzar el AEP hasta la apertura del concurso, sean rescindidos. Con esto, me parece que se da un duro golpe a los acreedores que con buena voluntad han colaborado a solucionar la problemática solución de su deudor común, derrochando un esfuerzo que probablemente, de saber que todas las operaciones realizadas en el marco del AEP podían volver a cuestionarse y dejarse sin efecto, se habrían ahorrado.

V. CONCLUSIONES

Llega el momento de hacer balance. Hemos visto cuáles eran las necesidades que planteaba nuestro derecho concursal. Hemos explicado con un importante grado de detalle en qué consiste el hasta ahora desconocido acuerdo extrajudicial de pagos. También hemos echado la vista atrás para ver qué soluciones preconcursales preveía la LC antes de la entrada en vigor de aquél. Hemos comparado unas figuras y otras incidiendo en sus ventajas y desventajas, en sus aportaciones y sus retrocesos. En otras

palabras, nos encontramos en condiciones suficientes como para sacar conclusiones acerca del panorama que deja la introducción del AEP en cuanto a soluciones al concurso se refiere.

Lo tenemos más que claro. Nuestra tradición concursal no se ha caracterizado en ningún momento por estar orientada a la solución del concurso mediante el acuerdo. Pero hay que ser justos con el legislador, y hay que reconocer que él no tiene toda la culpa de este problema. Más allá de que la regulación sea mejor o peor –intentos por mejorarla tampoco han faltado como hemos visto en este trabajo-, lo cierto es que en gran parte de los acreedores también se ha ido apreciando una falta de disposición a negociar soluciones colectivas a la insolvencia del deudor común. Incluso el deudor prefiere llegar a cualquier acuerdo aislado e individual antes de tener que acogerse a nada que tenga que ver con el concurso, el cual es visto en nuestro país como un estigma. El problema trasciende por tanto a todas las partes.

Y para ello nace «el acuerdo extrajudicial de pagos». Tras el fracaso del convenio concursal -apenas utilizado-, tras los problemas y dificultades que supone el alcanzar acuerdos extrajudiciales individuales, y tras las numerosas deficiencias encontradas en los acuerdos de refinanciación y la propuesta anticipada de convenio, el AEP es introducido con la finalidad de erigirse como la solución definitiva al concurso que cumplacon los objetivos que todos los demás procedimientos no han logrado todavía.

Así pues, ante la dificultad que supone el intentar alcanzar acuerdos privados individuales, que requiere la casi imposible tarea de negociar uno a uno con todos los acreedores llegando a un entendimiento con todos ellos, el AEP plantea una solución mucho más sencilla consistente en la redacción de forma unilateral por el deudor –y mediador- de un acuerdo que afecte a la totalidad de los acreedores, y el cual posteriormente ya será debatido por éstos últimos que podrán además proponer todas las modificaciones que estimen oportunas en una reunión a la que podrán asistir todos ellos. Sin duda el procedimiento, si bien dejará insatisfechos a una pequeña parte de los acreedores que no comulguen con el contenido del plan de pagos, resulta mucho más operativa y viable que la de tener que llegar a un convenio con cada acreedor por separado. Además, tampoco plantea los problemas de la superación de la relatividad de los contratos, propio de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Si recordamos, en estos casos bastaba con alcanzar un acuerdo con un porcentaje

determinado de acreedores para que, ex DA. 4ª LC, éste extendiera sus efectos al resto, los cuales podían haberse opuesto o directamente no tener conocimiento de la existencia del mismo. En cambio con el AEP, y aunque considero que se produce un resultado muy similar, el camino por el que se llega a él me parece mucho más justo en tanto se redacta un plan de pagos que afecta a la totalidad de los acreedores los cuales tienen diferentes momentos a lo largo del procedimiento en que pueden proponer alternativas al mismo. Además se impone la obligación al mediador de convocar a la reunión donde se discutirá la aprobación del acuerdo, a todos los acreedores (a excepción de reales y públicos), por lo que al menos se garantiza el derecho de todos ellos a participar en el procedimiento mediante una votación a la que acuden en igualdad de condiciones sin hacer distinciones en razón del tipo de crédito que ostenten.

Por el contrario, cuenta con numerosos fallos, la mayoría de ellos relacionados con la falta de libertad que se deja en muchas ocasiones a las partes para negociar los extremos que crean mejor para sus intereses. Desde luego, la labor pendiente para futuras reformas será la de eliminar algunas restricciones absurdas que limitan la autonomía de la voluntad de las partes, así como «dulcificar» las sanciones que en muchos casos se imponen de forma indirecta a los sujetos que optan por acudir al procedimiento desincentivándolos a ello.

Aun así debemos ser transigentes, no cabe duda de que lograr un mecanismo que funcione al gusto de todos es imposible, es verdad que hay errores en la regulación que se deberían haber cuidado antes de su aprobación, pero también es verdad que por lo menos parece haber una voluntad por mejorar las cosas.

BIBLIOGRAFÍA

QUINTANA CARLO, Ignacio, BONET NAVARRO, Ángel y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «Las claves de la ley concursal», Editorial Aranzadi, 2005, Págs. 477 a 508.

SÁNCHEZ-CALERO, Juan, «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (Apunte de un fracaso y su posible enmienda)», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 11, Segundo semestre de 2009, pág. 85, Editorial La Ley.

DE CÁRDENAS SMITH, Carlos y NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, Alberto, «Algunos comentarios a la ley de Reforma concursal», Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011.

VAQUER, Francisco-Javier, «El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial», Anuario de derecho concursal, Nº. 24, 2011 , págs. 153-165.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, «Manual de derecho mercantil», Volumen II, Editorial Tecnos, 2012, Págs. 568 y ss.

PULGAR EZQUERRA, Juana, «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», El concurso de acreedores. Adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, (Pulgar Ezquerra, Dir.), Ed. La Ley, Madrid, 2012.

JACQUET YESTE, Teodora, «Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº18, Sección Estudios, Primer semestre de 2013, pág. 107, Editorial La Ley.

MARÍN De La BÁRCENA, Fernando, «El acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de emprendedores», BOCG, Congreso, Serie A Núm. 52-1, 3 de julio de 2013.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Anteproyecto de ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, de 11 de julio de 2013 (www.poderjudicial.es).»

FERNÁNDEZ SEIJO, José María, «Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 7/2013 (BIB 2013\2208).

Magistrados de lo Mercantil de Madrid, «Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013».

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor, «Las novedades concursales en la Ley de Emprendedores», El derecho, de 1 de noviembre de 2013. (www.elderecho.com)

PULGAR EZQUERRA, Juana, «Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», Especial emprendedores, las leyes que los apoyan, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique, «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)», Diario La Ley, nº 8196, de 21 de noviembre de 2013 (LA LEY 8713/2013).

SENÉS, Carmen, «La homologación de los acuerdos de refinanciación», ADCo, núm. 30 (septiembre-diciembre), 2013.

AGÜERO ORTIZ, Alicia, «El mediador concursal como administrador extraconcursal», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 20, Sección Varia, Segundo semestre de 2013, Editorial La Ley.

PULGAR EZQUERRA, Juana, «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 20, Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, Editorial La Ley.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», Diario La Ley, nº 8225, de 9 de enero de 2014.

SENÉS, Carmen, «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores», Revista de Derecho Civil, vol. I, núm 1, enero-marzo, 2014.

ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio, «Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo: la reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el precurso», 17 de marzo de 2014, (www.elderecho.com).

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «La mediación concursal», Anuario de derecho concursal, Nº. 31, 2014, págs. 11-63.